



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA

Departamento de Derecho Público

# PENSAR OTRO DERECHO

## Para una nueva poiética jurídica

PROGRAMA MÁSTER OFICIAL EN DERECHOS HUMANOS,  
INTERCULTURALIDAD Y DESARROLLO

# TESIS DOCTORAL

**Rodrigo Iván Calderón Astete**  
**Enero, 2013**  
**Sevilla, España**



**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE  
UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA**

**Departamento de Derecho Público**

**PROGRAMA MÁSTER OFICIAL EN DERECHOS HUMANOS, INTERCULTURALIDAD Y DESARROLLO**

**PENSAR OTRO DERECHO.  
Para una nueva poética jurídica**

**TESIS DE DOCTORADO**

**Rodrigo Iván Calderón Astete**

**Sevilla, España  
Enero, 2013**



**PENSAR OTRO DERECHO.**  
**Para una nueva poética jurídica**

**Rodrigo Iván Calderón Astete**

Tesis de Doctorado presentada en el Programa Interuniversitario UPO-  
UNIA Máster Oficial en Derechos Humanos, Interculturalidad y  
Desarrollo, como requisito parcial para la obtención del **Título de Doctor  
en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo**

Carol Proner

Sevilla, España  
Enero, 2010



**Universidad Pablo de Olavide  
Universidad Internacional de Andalucía  
Departamento de Derecho Público  
Programa Máster Oficial en Derechos Humanos,  
Interculturalidad y Desarrollo**

La Comisión Examinadora aprueba la Tesis de Doctorado

**PENSAR OTRO DERECHO.  
Para una nueva poiética jurídica**

Elaborada por

**Rodrigo Iván Calderón Astete**

Como requisito parcial para la obtención del Título de Doctor en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo

COMISIÓN EXAMINADORA

Prof(a). Dr(a).....  
(Presidente - nombre de la institución de vínculo)

Prof(a). Dr(a).....  
(nombre de la institución de vínculo)

Prof(a). Dr(a).....  
(nombre de la institución de vínculo)

**Enero, 2013  
Sevilla, España**



A Roxana.





## **Agradecimientos.**

Agradezco a Joaquín Herrera Flores, in memoriam, por instarme a iniciar el trabajo que presento y por las largas discusiones teóricas sobre la necesidad de un nuevo pensamiento jurídico y los límites de sus propias ideas, que sirvieron para provocar aún más apertura en una teoría destinada a ser. Agradezco también a Marcelo Oliveira de Moura y Gema Lorente por haber escuchado e impulsado las primeras notas de pensamiento sobre esta tesis. Agradezco a su vez a mi amigo Manuel Fernández por haber tenido la paciencia de escuchar y apuntar desde su experticia como historiador y desde las ciencias sociales algunos de los planteamientos que se contienen. Finalmente doy muy merecidas gracias a Eloísa Díaz por haberme acompañado en los esfuerzos para que no desistiese de llevar a término este proyecto realizando múltiples trámites ante la Universidad por su vigencia.



## **RESUMEN**

Programa Máster Oficial en Derechos Humanos,  
Interculturalidad y Desarrollo

Universidad Pablo de Olavide  
Universidad Internacional de Andalucía

Autoría: RODRIGO CALDERON ASTETE  
Orientador: Profesor \_\_\_\_\_

**Resumen:** El presente trabajo explora la condición de posibilidad de un nuevo derecho de bases epistemológicas, metodológicas y teóricas y prácticas que transduzcan los horizontes, contenidos y sentidos del derecho moderno que reposa sobre una ontología de los fenómenos, una concepción monista del estado y del derecho y una comprensión formalista de los sujetos, el razonamiento y la práctica jurídica, así como de los derechos y los derechos humanos. Para ello se revisan los temas centrales de la teoría filosófica y jurídica que forman la episteme jurídica moderna, exponiéndola, criticando y buscando abrir vías de reconstrucción que permitan superar el perímetro de un derecho abstracto y liberal patrimonialista que es parte de la promesa fallida de la modernidad. En esa línea se plantea rescatar la experiencia de las teorías y prácticas jurídicas críticas para una nueva teoría pluralista, múltiple, compleja, holística e integrada del derecho, que se manifieste en un estado plural, una comunidad fuerte en alianza con el primero y orientado y desarrollado por un sujeto ya no ontológico sino en potencia. Un derecho que más allá de las matrices liberales y republicanas implique un sentido de justicia redistributiva, de respeto material efectivo por los derechos humanos. A partir de las experiencias jurídicas críticas se retoman elementos teóricos y prácticos, se analiza y cuestiona en un sentido positivo la Teoría Crítica de los Derechos Humanos, se impulsa la noción de la subjetividad plural y se postula pensar el presente como el momento instituyente de una nueva juridicidad que recupere el entorno, el contexto y formule una razonabilidad en lo complejo, proponga mecanismos de participación y resolución de conflictos en un sentido de reconstrucción y no de reiteración del origen causal de los mismos. Un derecho materialista y finalista que vaya del cierre a la apertura epistemológica, del patrimonio a las relaciones sociales, de la formalidad y subsunción a nueva práctica, razonamiento y hermenéutica jurídica circular, cíclica, sinérgica y comprometida con los derechos humanos como horizonte de dignidad.

**Palabras-clave:** Derecho, materialismo, finalismo, circularidad, sujetos, comunidad, potencia, sinergia, participación, proceso, crítica, derechos humanos.



## ÍNDICE DE TABLAS.

Tabla 1. Visión del mundo de la ciencia moderna.	57
Tabla 2. Categorías de necesidades y satisfactores de la Economía a Escala Humana.	369
Tabla 3. Tipología de los servicios legales.	423
Tabla 4. Cuadro comparativa de Teorías de los Derechos Humanos.	563
Tabla 5. Tabla interrelacional de razonamiento jurídico complejo.	735
Tabla 6. Indicadores y verificadores del derecho de participación.	746
Tabla 7. Tipología de estrategias en conflicto.	778
Tabla 8. Recursos materiales de una estrategia.	799
Tabla 9. Elementos analíticos de una estrategia.	799
Tabla 10. Cuadro comparativo de paradigmas jurídicos.	813
Tabla 11. Cuadro comparativo de sistemas de derecho.	850
Tabla 12. Cuadro comparativo de evolución de la organización jurídica y social por épocas históricas.	851
Tabla 13. Tabla hermeneútica de razonamiento jurídico complejo.	858
Tabla 14. Cuadro comparativo de evolución de la organización jurídica y social por épocas históricas	860



## ÍNDICE DE ILUSTRACIONES.

Ilustración 1. Funciones del derecho y sus relaciones.	65
Ilustración 2. Visión simplificada del conflicto.	315
Ilustración 3. Visión compleja del conflicto jurídico.	316
Ilustración 4. Comparación de pirámides de derechos.	317
Ilustración 5. Elementos de los sistemas jurídicos según Boaventura de Sousa Santos.	320
Ilustración 6. Visión general de un derecho complejo.	321
Ilustración 7. Elementos contextuales de un sistema jurídico.	323
Ilustración 8. Visión integrada de un sistema jurídico.	324
Ilustración 9. Orden complejo de necesidades y funciones del derecho.	325
Ilustración 10. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.	326
Ilustración 11. Pirámide de Maslow.	336
Ilustración 12. Esquema mnemotécnico de Jean Oury.	386
Ilustración 13. Esquema mnemotécnico de Jean Oury aplicado a la satisfacción de las necesidades.	388
Ilustración 14. Diamante ético de Joaquín Herrera Flores.	552
Ilustración 15. Campo de Teoría del juego aplicada al conflicto jurídico.	712
Ilustración 16. Mapa del conflicto.	794
Ilustración 17. Comparación de pirámides de derechos.	817
Ilustración 18. Visión general de un derecho complejo.	822
Ilustración 19. Elementos del modelo de derecho liberal.	823
Ilustración 20. Visión integrada de un sistema jurídico.	824
Ilustración 21. Esquema mnemotécnico de Jean Oury aplicado a una visión compleja del derecho.	827
Ilustración 22. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.	829
Ilustración 23. Mapa conceptual de estados de satisfacción de la necesidad/justicia.	853
Ilustración 24. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.	857
Ilustración 25. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.	861
Ilustración 26. Modo de razonamiento jurídico moderno.	862



Ilustración 27. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento	863
Ilustración 27.1. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.	864
Ilustración 27.2. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.	865
Ilustración 27.3. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.	866
Ilustración 27. 4. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.	866
Ilustración 28. Visión holística del sistema compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.	867

## **ÍNDICE.**

<b>INTRODUCCION.</b>	<b>1</b>
<b>1. CRISIS DE PERCEPCIÓN, CRISIS DE SOLUCIÓN.</b>	<b>17</b>
1.1. El problema de lo real.	17
1.2. Percepción, acción y mundo.	22
1.3. Ciencia y progreso. La promesa incumplida de la modernidad.	34
1.4. Matriz paradigmática, modelo científico y organización jurídica.	62
1.5. Del sujeto cognitivo al sujeto/objeto del derecho.	78
<b>2. PASOS PARA LA EMANCIPACIÓN Y NUEVOS PARADIGMAS.</b>	<b>85</b>
2.1. Acción y reflexión.	85
2.2. Pensar y hacer de otro modo.	104
2.2.1 Hacer visible lo real.	107
2.2.2. Cambiar la mirada.	112
2.2.3. Pensar de otro modo.	116
2.2.4. Cambiar la emocionalidad.	137
2.2.5. Modificar las interacciones.	140
2.3. Método legal, método jurídico.	144

<b>3. BIOFÍSICA DEL DERECHO. ESTADO, MERCADO Y COMUNIDAD.</b>	<b>155</b>
3.1. Estado nación y formación jurídica.	155
3.2. Estado y derecho.	191
3.3. El derecho.	218
<b>4. PARADIGMA JURÍDICO MODERNO. FORMA Y FONDO DE UNA ESTRATEGIA.</b>	<b>225</b>
4.1. Modernidad y liberalismo.	225
4.2. El derecho como forma.	237
4.3. Funciones y fuentes del derecho.	262
4.4. ¿Fines del derecho o fines para el derecho?	293
4.4.1. El lugar de los valores.	299
4.4.2. El lugar de los principios.	304
4.4.3. La finalidad del derecho.	308
4.5. El paradigma moderno del derecho.	309
4.6. Relación e integración del derecho.	314
<b>5. EL PROBLEMA DE LAS NECESIDADES. VALORES Y BIENES EN EL DERECHO.</b>	<b>329</b>
5.1. De la abstracción a la materia.	329
5.2. Necesidades humanas y formas de satisfacción.	334
5.2.1. El modelo liberal.	341
5.2.2. La propuesta marxiana.	354
5.2.3. Las necesidades y el desarrollo a escala humana.	365
5.3. El derecho frente a la materialidad y a las necesidades.	372
5.4. Derecho, derechos y necesidades humanas.	380
5.5. Replantando las preguntas de la juridicidad.	391

<b>6. EL APOORTE DE LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y LA PRÁCTICA DE LOS SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS.</b>	<b>401</b>
6.1. Proposición inicial: recapitular contenidos y sentidos.	401
6.2. El aporte de los movimientos jurídicos críticos.	403
6.2.1. La crítica del derecho en Europa.	405
6.2.2. Prácticas jurídico-alternativas en América Latina.	414
6.3. Recontextualizando el debate de las teorías críticas del derecho.	438
6.4. Una síntesis de planteamientos de la crítica jurídica.	448
6.4.1. Saber y ciencia.	449
6.4.2. Derecho y política.	450
6.4.3. Derecho y derechos.	451
6.4.4. El problema de la justicia.	453
6.4.5. Conflicto jurídico versus conflicto legal.	457
6.4.6. Acerca de los usos del derecho.	460
6.4.7. Operadores jurídicos para un nuevo derecho.	463
6.5. Nueve pistas para tener presentes.	469
<b>7. DERECHOS HUMANOS, ÉTICA DE APERTURA Y FINALISMO: CONTRA LA MITOJURÍDICA DEL PRIMATE Y DE LA ÚLTIMA FRONTERA.</b>	<b>481</b>
7.1. La cuestión humana.	481
7.2. Del mito a la historicidad: declaraciones, generaciones y garantías.	490
7.3. Garantías y sistema internacional de protección.	502
7.4. Un sistema internacional de garantías.	513
7.5. Criticar los derechos humanos es marcar su importancia político epistemológica.	529
7.6. Una teoría crítica de los derechos humanos.	537
7.7. Salir del mito, irrumpir en lo real.	555

7.8. Recursividad.	577
<b>8. UN PALIMSESTO LLAMADO SUJETO.</b>	<b>579</b>
8.1. El sujeto como ontología y proyecto.	579
8.2. El sujeto como sujeto jurídico y propietario.	604
8.3. Crítica de la razón subjetiva.	622
8.4. La re-escrituración de la potencia.	642
8.5. Sujetos en el derecho y de los derechos.	672
8.6. Para-epílogo.	686
<b>9. PENSAR OTRO DERECHO.</b>	<b>689</b>
9.1. Entorno, afirmaciones y supuestos.	689
9.2. Redefiniendo método y punto de partida.	710
9.3. Recuperar el entorno, el contexto y la razonabilidad en lo complejo.	716
9.4. Participación y decisión.	737
9.5. Un derecho materialista y finalista.	751
9.6. Perímetro y parámetro. Del cierre a la apertura jurídica.	757
9.7. Del patrimonio a las relaciones sociales.	767
9.8. Derecho constituyente y sujetos activos.	773
9.9. Conflicto jurídico y estrategias de resolución.	782
9.10. Prácticas y operadores jurídicos.	800
9.11. Hacia un nuevo paradigma jurídico.	811
9.12. Mirada circular, razón cíclica.	854
9.13. Diez principios para otro derecho.	868
9.13.1. Los derechos no existen, no se tienen, ni poseen.	869
9.13.2. Frente a un derecho del orden y que disuelve o reprime los conflictos lo necesario es un derecho que incorpore al caos en su organización comprensiva.	870
9.13.3. Un derecho para las necesidades es un derecho del instante.	871

9.13.4. Un derecho social es un derecho redistributivo.	872
9.13.5. Un derecho de fronteras.	873
9.13.6. Una justicia materialista y finalista.	874
9.13.7. Un derecho transmoderno rompe con la idea de valores monistas	875
9.13.8. Un derecho sinérgico, materialista y finalista afirma para los sujetos el eterno retorno creativo.	876
9.13.9. Un derecho de uso y satisfacción y no de apropiación y acumulación	877
9.13.10. Nuevos valores fundantes.	878
<b>CIERRE Y APERTURA.</b>	879
<b>DIEZ CONCEPTOS CLAVES.</b>	890
<b>BIBLIOGRAFÍA Y AUTORES.</b>	893
Bibliografía general.	894
Libros consultados.	940
Linkografía.	966
Artículos de revistas consultados.	976
Textos legales y tratados internacionales.	981
Índice de autores consultados.	984



## INTRODUCCIÓN.

El trabajo que presento tiene su historia, sus movimientos y sus objetivos. Es desde allí que debe leerse para comprender cómo se entroncan en ese campo de reflexión las exposiciones y referencias que se realizan, los análisis que sobre éstas se efectúan, la incidencia de los marcos teóricos utilizados y las propuestas que contiene.

En términos de referencia histórica se ubica en la línea de las teorías críticas del derecho y las prácticas de los servicios legales alternativos, movimientos en los que se comprenden desde la crítica jurídica teórica, las propuestas del pluralismo jurídico y las prácticas de uso alternativo del derecho. Como se sabe, estas experiencias surgieron básicamente a partir de los años setenta del siglo veinte, teniendo de común la denuncia del derecho estatal como fuente de opresión y exclusión de amplios sectores sociales, acompañadas de un escepticismo respecto de la ley como instrumento de unificación del orden social y la procesalidad del derecho como mecanismo apropiado para la satisfacción de las necesidades. Las reflexiones que a partir de allí arrancaron se enfrentaron con una comprensión de la insuficiencia de la reflexión jurídica, con debates sobre el papel del derecho en las relaciones sociales, de los derechos entendidos solo como libertades políticas y de la fragilidad de los derechos humanos fundamentales que, no obstante estar incluso garantizados en textos normativos, resultaban inaplicables o simplemente se convertían en una trampa de apariencia de juridicidad. En el capítulo sexto se realiza una detallada exposición del movimiento de crítica jurídica que da cuenta de la importancia de éste movimiento y las lecciones que a mi entender entrega para enfrentar en un debate más extenso la problemática del derecho como instrumento social.

Me ha parecido necesario consignarlo desde un comienzo por varias razones que a continuación enumero y que me parece ilustran mejor los sentidos de éste trabajo:



Primero porque es en esa tradición donde quien escribe ha desarrollado durante ya más de veinte años sus reflexiones y prácticas sobre una juridicidad alternativa, trabajada en paralelo con actividades de práctica legal tradicional como abogado o como docente, de manera que sirve para explicar el como y el por que no es en absoluto una puesta en escena neutral, sino que al contrario, tiene mucho de reflexión militante. Conviene nunca olvidar de donde se viene y que toda reflexión profunda nunca es neutral.

Segundo, porque el derecho me parecía entonces un instrumento de construcción social demasiado importante como para ser dejado solo a quienes generaron el proyecto socio jurídico moderno y lo describían desde una posición que, por liberal, capitalista, monista, formal, cerrada e incluso gris me resultaba emocionalmente distante. Frente a la imagen de excesiva formalidad y lejanía de las experiencias individuales y colectivas que por entonces vivíamos como pueblo y como generación con urgencia frente a la dictadura de Pinochet, el derecho se me reflejaba como una necesidad de ser asumida en términos distintos; latía la intuición en ese entonces que era necesario otro camino alternativo para otro derecho, una nueva poética de lo jurídico que requería mucha reflexión y acción en lo urgente y en lo futuro.

Tercero, porque los postulados básicos que me vincularon a esa línea de reflexión/acción me parece siguen siendo válidos: la juridicidad mientras siga siendo pensada como legalidad y como formalidad no logra dar cuenta ni satisfacer las necesidades de amplias capas de la población que permanecen excluidas de las redes de satisfacción de éstas, y persistir en una vía que se sabe es insuficiente supone, o bien falta de perspectiva teórica, o porfiada necedad, voluntarismo ineficaz o simplemente el uso de los privilegios de una herramienta en beneficio propio bajo un discurso bonachón.

Cuarto, porque los contextos han cambiado radicalmente en veinte años en muchos sentidos. En los campos de la realidad social el neoliberalismo se ha enseñoreado en sus momentos de auge y de crisis sobre todo lo real, aumentando las brechas de inequidad, injusticia y exclusión que las dictaduras militares de las

décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado habían producido en América Latina y en Chile. Con ello se había impuesto un cambio trascendental de lógica de construcción de lo social que ha atravesado toda la esfera social, ya que de la unidad mítica de la sociedad en manos del estado y el derecho se ha pasado a los objetivos de lo económico como matriz de todos los procesos de producción e intercambio. Pero adicionalmente la redemocratización de las sociedades latinoamericanas a partir de los años ochenta y noventa por un lado y la debacle del bloque comunista y el fin de la guerra fría por otro, señalaban nuevos contextos sociales y con ello nuevas preguntas que una reflexión crítica sobre el derecho debía responder.

Quinto, porque en éste último sentido, el de las preguntas pendientes y los nuevos escenarios, tuve la posibilidad de participar e intercambiar ideas con muchos de los actores que formaron las primeras generaciones de juristas críticos y populares, ya sea leyéndolos o en relación directa con ellos. Como también lo menciono en el capítulo séptimo, a propósito de la llamada Teoría Crítica de los Derechos Humanos de Joaquín Herrera, tuve el año 1995 la oportunidad de participar en la Maestría en Teorías Críticas del Derecho que tuvo lugar en la Sede La Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía, donde los precursores de los movimientos de derecho alternativo aportaron - durante sus clases - a un debate que proponía para lo futuro una serie de preguntas acerca de las posibilidades y novedades que se le presentaban a las prácticas jurídicas que se denominaban a sí mismas como un derecho alternativo o un otro derecho. Desde esas interrogantes se abría todo un campo de recepción, síntesis y recontextualización de esas praxis, que me pareció oportuno y necesario recuperar y discutir, lo que intenté en mi tesis de maestría llamada “Síntesis y Desafíos del Derecho Alternativo. Teoría y práctica de los Servicios Legales Alternativos”, sobre todo considerando que esa experiencia no estaba llamada a perderse, sino que se debía, a partir de ella, hacer una teoría propositiva de nuevos horizontes de reflexión y de acción.

Registrado lo anterior me parece necesario, para una mejor comprensión, referirme a la forma de escrituración de esta investigación, en aquello que he

llamado los movimientos de la tesis y que constituyen parte de la morfología de la misma.

El trabajo está redactado en nueve capítulos, cada uno de los cuales constituye una subunidad temática propia, pero que se vincula con el conjunto a partir de una agregación de temas que abarcan la discusión acerca del derecho, su constitución, sus fines y funciones, sus problemas más relevantes y su permanente contextualización histórica, epistemológica, política y técnica, y que sirven, en esa agregación sucesiva, a la vez de fundamento que de contraste a la discusión del capítulo final acerca de la posibilidad de otro derecho.

A su vez cada uno de los capítulos contiene una exposición progresiva del tema que avanza en tres secuencias expositivas, a veces lineales otras veces alternadas, y que consisten en, frente a cada tema, la exposición del tema en sus líneas más generales, incorporando las posturas más representativas sobre cada uno de los tópicos, ordenándolos cronológicamente en su evolución histórica y señalando en esa descripción sus características más relevantes; en un segundo momento he procedido a la crítica de las posiciones tradicionales, incluso de aquellas con las cuales en algunos puntos sostengo acuerdos importantes, para posteriormente esbozar líneas de desarrollo que puedan permitir bases diferentes de trabajo. Se trata pues de un triple movimiento de exposición, crítica y apertura de cada tema. Pero en paralelo y como creo puede apreciarse a través de toda la discusión, ese movimiento extensivo es acompañado por un proceso recursivo, que propone el tema, lo abre diversificando sus aristas de discusión para efectuar finalmente, después de extender la red de los puntos sometidos a discusión por cada unidad, una reunión en la complejidad de esos elementos, que permitan dejar abierta la discusión en la apertura lineal que antes señalé.

Se ha intentado conservar la misma producción de ejercicio reflexivo e inflexivo sobre cada tema, incluyendo el capítulo noveno de cierre, que por sus características, la de resumen y planteamiento de tesis afirmativas de una nueva juridicidad, se desenvuelve en un campo abierto y extensivo, en que su unidad radica precisamente en la expansión de la diversidad.

Como tercera advertencia, me parece es necesario señalar los objetivos que original y finalmente persiguió el trabajo, ya que con ello se marcan a su vez las opciones de mirada, los marcos teóricos, las discusiones internas y los canales que salda que se han intentado abrir para cada punto en discusión.

Los objetivos trazados fueron los siguientes:

1. Situar la reflexión sobre el derecho en un campo más amplio que la dogmática jurídica por un extremo y la teoría general del derecho por otra, abriendo la discusión hacia la filosofía, la teoría del conocimiento, la ciencia política, la sociología y en general al vasto campo de la producción teórica y práctica de los procesos culturales.
2. Establecer una metodología que permita describir los estados de realidad de las relaciones y posiciones a analizar, tanto dentro del trabajo como para la acción teórico/práctica que permita hacer operacionalizable una nueva juridicidad.
3. Romper, producto de ese des-en-si-mismamiento permanente del derecho de su mundo conceptual cerrado, tanto en lo teórico, en lo operacional como en lo instrumental con la mirada estrictamente disciplinar en que ha sido fragmentado, no obstante sus evidentes conexiones con la política y el poder.
4. Revisar a partir de la teoría general del derecho y del estado las bases y fundamentos del derecho moderno que han sido presentados como el único posible, deseable, operacional y efectivo. De esa manera, a partir de sus componentes estructurales, establecer cómo, de qué modo, a partir de qué y con qué elementos de lo existente es posible una deconstrucción de lo que hay y una reconstrucción del imaginario jurídico.
5. Recuperar la experiencia de reflexión y trabajo de las teorías críticas y alternativas, para mostrar como ellas constituyen una base de proyección para pensar un nuevo derecho, a partir ya no de una actividad reactiva frente a problemas coyunturales, que seguirán existiendo, sino mediante un sentido afirmativo de proyecto.
6. Rescatar con ello el conjunto de reflexiones emancipadoras que, a pesar de diferencias puntuales, constituyen un conjunto de prácticas y

propuestas anti naturalistas, anti formalistas, anti capitalistas, no liberales, de modo que recuperando esas experiencias puedan servir de complemento a la producción de una nueva juridicidad.

7. Contextualizar y potenciar la discusión sobre los derechos humanos como productos culturales en el interior de los discursos emancipadores del derecho, de manera de optimizar el programa de investigación en que se enmarca esta tesis a partir de su particularidad, descartando los riesgos de idealismo que a partir de ella se alojan.

8. Discutir las bases de la subjetividad con el propósito específico de liberar su potencia de los límites modernos de pensamiento y acción en ella.

9. Plantear como factible la posibilidad de construcción de una juridicidad de bases materialistas y finalistas de la complejidad, la organización, la operacionalidad de lo múltiple, la articulación de la diversidad y la emancipación y transducción de las formas modernas de soberanía y mediación.

Sobre esa triple base es que se han realizado el conjunto de exposiciones, reflexiones, críticas, operaciones de desmembramiento y reconstrucción conceptual, propuestas de inflexiones, situación de posiciones y discusiones teóricas e ideológicas, como la reelaboración del problema de la juridicidad a partir de conocer y respetar profundamente sus bases para su expansión en el campo de una nueva y ampliada comprensión de la juridicidad, la conflictividad, las necesidades humanas y las formas de producción de subjetividad y sociedad.

Tres notas me parecen necesarias al respecto.

Sobre la bibliografía. Tratándose la tesis de una mirada que es abarcadora de un amplio espectro de problemas, temas, subtemas y experticias dentro del debate jurídico, no ha sido posible tocar en profundidad y agotar todas las fuentes, ni contenidos ni problemas específicos de cada uno de los temas. Al respecto he hecho una opción, la de utilizar para cada tema o campo de problemas aquellos libros y autores clásicos en los temas, como bibliografía primaria y soporte del problema; complementándolos con autores y planteamientos actuales, que permitan

en esa apertura y actualización analizarlo con suficiente nitidez y profundidad. Las fuentes han sido usadas en consecuencia no para sintetizar planteamientos sino para colocar precisamente los nudos que en cada tópico me parecen deben ser expuestos, discutidos y deconstruídos.

Se encuentran así citados los autores necesarios e imprescindibles para cada apartado, de manera que es posible apreciar en ellos tanto el campo profundo de la discusión como los elementos más prácticos de cada tema en discusión. Por ejemplo, al tratar el Estado allí la discusión podría ser amplísima, sin embargo el uso de clásicos como Hegel, Bakunin, Jellinek y Lenin me parece permite asentar los temas clásicos acerca del estado, mientras que Hobbes soporta la noción de soberanía en discusión con Agamben, a la vez que textos más contemporáneos destinados a la educación en el tema abren el campo y permiten comprenderlo entre lo clásico y lo instrumental. Lo mismo me parece ocurre con los temas de contenido histórico, filosófico y sobre todo en el campo del derecho crítico y los derechos humanos, donde se trabajó con los autores más destacados y conocidos, lo que, valga la redundancia, marca un campo de saber claro y posible de profundizar por quien quiera realizar ese trabajo una vez leídos los acápites específicos. Se ha tratado además de dar cabida a campos teóricos y experienciales directos que muestren el fenómeno que se expone en cada caso.

De la misma forma ocurre con algunos autores en específico. Por las posibilidades que el sentido general del trabajo lo ameritaba, en el caso de algunos de ellos he restringido ex profeso su uso a ciertos textos específicos pero demostrativos de sus posiciones y proposiciones. Así ha ocurrido con Hegel y Kant, a quienes he elegido en especial para debatir por parecerme quienes mejor representan el idealismo filosófico político base del liberalismo que inspira el capitalismo europeo de los últimos siglos, en desmedro de otros autores que bien pudieron ser usados, como Weber por ejemplo. Por no tratarse de una tesis específica de filosofía me he restringido a libros que apuntan a mi juicio directamente al corazón de los problemas jurídicos, como en el caso de Hegel usando Principios de Filosofía del Derecho y en Kant Crítica de la Razón Pura y sobre todo Metafísica de las Costumbres, que me han parecido los más apropiados para el debate. Lo mismo en el caso de las legislaciones citadas que vienen dadas a guisa de ejemplo

de otros argumentos y no pesan por sí solas. Aún cuando no está explícitamente dicha en parte alguna, me parece que así además se pone en su lugar a la dogmática jurídica.

También sobre la linkografía deben señalarse algunas cuestiones que permiten delimitar su alcance. En el curso del trabajo se han usado fuentes de la web en tres sentidos: para la descarga de libros específicos; para la consulta de textos de autores sobre monografías o artículos referidos a temas tratados en la tesis y finalmente para consulta de temas puntuales que pueden incluir bien parte de un texto legal o tratado, informaciones de prensa o ejemplificación de realidades a través de contenidos disponibles en Internet.

Tal como podrá apreciarse de la lectura del trabajo aparecen descargados libros completos de autores clásicos como Savigni, Lenin, Ricardo, Smith o Locke. Al respecto la explicación es eminentemente práctica ya que éstos no pudieron ser conseguidos en su original en papel; por lo que considerándose imprescindibles se optó por su descarga, en la que en todo caso podrá apreciarse se trata no de versiones reducidas o extractadas sino de textos digitalizados completos. Sobre el uso de numerosos trabajos monográficos y texto especializados oficiales de organizaciones, gobiernos u organizaciones sociales conocidas me parece que ellas gozan de suficiente posición para dar seriedad a su cita e inserción en el trabajo; a esta altura ya es indesmentible el aporte que Internet realiza al conocimiento, esencialmente al conocimiento libre y de posiciones que la academia tarda en aceptar pero que tienen un peso social, gnoseológico o de opinión con capacidad de incidir. De la misma forma, las páginas Web citadas a guisa de ejemplo me parecen que tienen cabida en similar sentido. En momentos en que los espacios virtuales inciden en el mundo real y en los sujetos con fuerza, su aceptación estimo no debiera provocar mayores discusiones, máxime cuando se ha cuidado su pertinencia.

Adicionalmente me parece que la bibliografía general y particular utilizada permitirá al lector una visión más precisa de las opciones teóricas del autor. Así como aparece con claridad quienes fueron los autores fundantes del modelo de sociedad y juridicidad con quienes se quiso discutir, también de la revisión de la

bibliografía puede desprenderse los autores que acompañaron el trabajo de quien escribe y que tienen en él un mayor peso relativo. Si bien es cierto no se ha seguido literalmente la posición de ninguno de ellos, de manera que no podría llamarme discípulo de ninguno por sí solo, su revisión y cita marcan un arco de pensamiento situado en la crítica del liberalismo, del pensamiento abstracto, de los reduccionismos cognitivos e instrumentales, de los fundamentos antropológicos del individualismo propietario, del poder soberano como de la neutralidad de las igualdades políticas y jurídicas formales disfrazadas ideológicamente de valores naturales.

A su vez los métodos de análisis social preferidos no son ni los del liberalismo en cualesquiera de sus vertientes y especialmente los de la imposición de imperativos abstractos y la dialéctica como método de conocimiento y producción de lo real, ni siquiera, a pesar de lo importantes que me parecen los aportes de Marx al análisis y crítica del capitalismo –que la crisis subprime ha revalidado junto con Keynes, ambos tan diferentes-- tampoco se ha seguido el materialismo histórico, precisamente por sus raíces hegelianas. Las reflexiones del presente trabajo más bien se dirigen por la vía de la genealogía, los análisis de las conformaciones estructurales y sociales de los márgenes, las sospechas de la certeza, las lógicas del devenir y de las fronteras, las reconstrucciones, la complejidad, la afirmación de la voluntad de poder y la acción directa.

En lo estrictamente relacionado al debate jurídico los autores de crítica jurídica determinan a su vez los diálogos inter-pares de esta investigación; también los más citados quedan en eso representados por lo que me parece su importancia.

Hechas todas estas advertencias generales, me parece puedo ahora directamente presentar el trabajo y describirlo.

La tesis que someto a análisis lleva por título: **PENSAR OTRO DERECHO. Para una nueva poética jurídica.**



El Título del trabajo introduce al tema marcando desde un principio su bastedad y complejidad, y he buscado opere a la vez como una invitación que como una advertencia de lo complejo de abarcar el asunto.

Tal como lo mencioné antes, ha sido dividido en nueve capítulos temáticos relativamente autónomos pero profundamente imbricados entre sí, que extendiendo el campo de la discusión hacia la filosofía, la epistemología, la sociología y la política, su eje central se establece en los temas tradicionales del debate jurídico y en su actualización temática.

En el capítulo primero, titulado ***Crisis de percepción, crisis de solución***, y que sirve de introducción a los asuntos que a continuación se desenvuelven, he intentado situar el problema general de la juridicidad y las prácticas sociales de la modernidad en su relación con las reflexiones sobre el conocimiento, la producción de lo real y las formas como nos aproximamos a las claves de construcción de la sociedad, sus relaciones, su conformación y reproducción. Convencido que no hay neutralidad en cómo se concibe la realidad como es y como debe ser, esta es la esfera mayor dentro de la cual deben situarse las discusiones, la de los paradigmas, la legitimidad y diversidad de ellos.

EL capítulo segundo pretende avanzar un paso más hacia la producción de lo real. Denominado ***Pasos para la emancipación*** se plantea la cuestión metodológica, las formas del hacer en relación con los proyectos y objetivos perseguidos en los procesos culturales en que nos desenvolvemos, en los proyectos epistemológicos y políticos a que se adscribe. Frente a la producción de lo real la problemática de las estrategias de construcción, apropiación y reapropiación de ésta se vuelven relevantes, esenciales diríase. Sumidos por el naturalismo y en la opacidad del pensamiento abstracto y de las ideologías de dominación, reapropiarse del mundo requiere una metodología que, por ensayo y error, nos permita resituarnos en una perspectiva de poder sobre él a partir de nuestras divergencias. Lo he descrito en cinco pasos que me parece que pueden ser recorridos de maneras diversas, y en esa diversidad de apertura me parece hay claves de emancipación: hacer visible lo real, cambiar la mirada, pensar de otro modo, cambiar la emocionalidad y realizar otras interacciones que las que se nos proponen.

Ya el tercer capítulo, ***Biofísica del derecho***, se introduce directamente en los problemas de la juridicidad y del derecho como expresión de lo moderno. A partir del análisis de la generación del estado como estructura instituyente del derecho moderno y la revisión de su desarrollo histórico, intenté presentar el problema del derecho no como un estado natural de la humanidad civilizada sino como precisamente lo que es, una producción cultural que se inserta dentro de un proyecto con objetivos determinados y capaces de ampliarse y reproducirse, dentro de los cuales el derecho en tanto forma institucionalizada resultó ser, a la vez, un instrumento y un modo de producción de legitimidad fundamental para el control social. A partir de situar al derecho como la forma de lo político se hace posible exponer sus elementos de conformación, su carácter monista y la justificación de aquello, como su carácter instrumental para el proyecto al que ha ido unido. Es en su conocimiento donde radica la posibilidad de un hacer diferente.

El cuarto capítulo, denominado ***Paradigmas jurídicos***, busca retomar desde el interior de la disciplina jurídica la reflexión iniciada en el primer capítulo, mostrando como el derecho moderno es producto y parte del paradigma científico de la modernidad y de los ejercicios de saber que en ella se desplegaron, exponiendo como comparten una misma noción del tiempo, del espacio, de las formas y los mecanismos de intervención sobre lo real, así como una similar noción de la causalidad que la teoría del derecho ha trabajado a partir de la imputación, forzando aún más la relación causa efecto del hacer científico. En ese contexto se discuten los problemas de la soberanía, la obediencia y la emancipación como un horizonte impropio del derecho moderno, centrado en el orden antes que en la participación; la naturaleza y uso de las normas, la ley como instrumento de poder y de mediación, los lugares de la ciencia del derecho y la reflexión jurídica frente a la razón de estado que fundamenta el régimen jurídico monista. Conjuntamente, al ampliar la discusión a los proyectos políticos y económicos que el derecho normativo expresa, se reflexiona acerca de las funciones y fuentes del derecho, sosteniéndose la tesis que aquellas que se han manifestado como preponderantes son las necesarias y afines para el desarrollo conjunto del estado, el liberalismo y el capitalismo; así como el hecho que los llamados fines del derecho son - en verdad - una discusión de valores

y objetivos estratégicos de proyectos sociales, políticos y culturales en un campo de producción, asentamiento y conquista permanente.

Contra esa mirada hasta ahora hegemónica en el derecho occidental, se sostiene que una integración distinta de los elementos de la juridicidad hace adquirir a la reflexión y a la práctica ribetes distintos a los del pensamiento formal. La experiencia ha demostrado, como se recapitula en el apartado sexto, que no da igual si el trabajo jurídico se realiza sobre una lógica del orden y la exclusión que sobre una de la diversidad y la integración social; de manera que al abordarlo de modo teórico se plantea así el problema de cuáles podrían ser las bases sobre las que hacer una discusión que permita construir una propuesta del derecho como campo de emancipación y de transformación de los ordenes sociales de exclusión y acumulación de bio-capital, planteando momentáneamente una distinción del derecho que, instalándose en un punto a la vez metodológico como conceptual sobre la teoría y la práctica de lo jurídico, que permita establecer no ya formas y estructuras cerradas a la manera de un perímetro de control sino pensar las definiciones de lo jurídico permanentemente como parámetro de producción de decisiones emancipadoras en la sociedad.

El capítulo quinto rompe con la discusión estrictamente jurídica para situarse en un plano de realidad que puede denominarse como materialista, en el sentido que remueve la discusión conceptual abstracta para plantearse ***El problema de las necesidades***, ya no a partir de un orden de imposición sino en la posibilidad de reconocerla desde y en la contextualidad de los sujetos para proponerla como la base de una reapropiación colectiva y responsable del mundo. Al ir de la abstracción a la materia la exposición roza la discusión filosófica y económica de la forma de satisfacción de las necesidades. Reseñando las proposiciones liberales, clásicos o funcionalistas, marxista y la denominada Teoría del Desarrollo a Escala Humana, que en realidad me parece una metodología de conocimiento/acción, busca preguntarse por las relaciones entre derecho, materialidad y necesidades humanas y la forma y posibilidad que ese reconocimiento de la materialidad y el objetivo estratégico de una satisfacción responsable, sustentable y solidaria de las carencias pueda constituirse en un horizonte finalista para el derecho.

Con esa base de presupuestos alternativos a los modelos predominantes de los últimos siglos, el capítulo sexto recoge la experiencia histórica de ***La crítica jurídica y las prácticas jurídicas populares***, buscando en esas pistas las bases teóricas y prácticas que a partir de su sistematización puedan servir para pensar un nuevo derecho. Se pasa revista en él a los movimientos europeos de Uso Alternativo del Derecho y Crítica Jurídica, como a las variopintas manifestaciones latinoamericanas ligadas al derecho como instrumento emancipador, rescatando sus aportes teóricos, pero sobre todo las perspectivas metodológicas en juego, que resultaron valiosas precisamente por centrarse, además de en un debate con las formas y planteamientos tradicionales del derecho, en el rescate de su perspectiva instrumental y procesal, validando sus prácticas como criterios de legitimidad material alternativa a la formalidad legal. A partir de ese repaso se propone una recontextualización de sus aportes a un periodo de globalización neoliberal desplegado y una síntesis de sus planteamientos a partir de la revisión de su relación con el saber y la ciencia, con la política, el juego del derecho con los derechos, el problema de la justicia, la noción de conflicto como base movilizadora del derecho, los usos que en ese movimiento se hacen del derecho y el papel de los operadores jurídicos. Posteriormente, en nueve puntos se intenta sistematizar las pistas de conocimiento que de allí es posible derivar como aportes de afirmación para la acción.

En el capítulo siguiente, y estrechamente relacionado con el anterior, en sus concordancias y en sus diferencias, me hago cargo del tema de los ***Derechos Humanos***, que es transversal y a la vez punto de contradicción en cierta visión de las prácticas emancipadoras de derecho. En un primer momento se analiza el tema antro-po-filosófico de la cuestión humana, exponiendo su profundidad pero también el feble estatus de humanidad que depende de dispositivos de poder articulables para incluir o excluir grupos humanos en medio de estrategias de poder. Sobre esa base se recoge primero la historia de los derechos humanos como propuesta jurídico-política y las construcciones discursivas tradicionales en base a la noción de generaciones de derechos humanos. Una vez revisada la teoría de los derechos humanos se expone su incorporación en los ordenamientos nacionales y el sistema internacional de protección, sus instrumentos, órganos y lógicas de funcionamiento, así como los aportes más recientes que desde la operacionalidad entrega al tema.

Acto seguido, relacionando el tema tratado al proyecto de investigación que origina este doctorado se expone y se discute la denominada Teoría Crítica de los Derechos Humanos, formulada a partir de los trabajos de Joaquín Herrera Flores, aventurando sobre ella dos juicios provisionales: uno, que ella hace posible romper el mito bondadoso de los derechos humanos e irrumpir en lo real con luchas de dignidad susceptible de discursos, estrategias y garantías; dos, se intenta situarla en el nivel de la discusión sobre valores y fines del derecho para retomar la perspectiva política emancipadora de la juridicidad a un nivel discursivo y eventualmente operativo, marcándole algunos desafíos necesarios para su consolidación.

El capítulo octavo es uno de los más extensos del texto, y por la importancia del tema tratado bien podría abarcar por sí solo varias investigaciones sobre su carácter. A partir de su nombre, ***Un palimpsesto llamado sujeto***, se analiza brevemente la ontología del sujeto, que se entronca con la discusión anterior acerca de lo humano, y la manera como el derecho moderno realizó su adecuación a partir de la figura del individuo propietario como sujeto jurídico, las problemáticas que ello provoca en una sociedad escindida en cortes conflictos atravesadas por el problema propietario, la inexistencia del sujeto racional ontológico en contextos de necesidad, introduciendo una crítica de la razón subjetiva, que en definitiva cuestiona la naturalización de la ontología del subjetivismo abstracto, su carácter exclusivamente individual y el espejismo que al acogerlo así tiende el modelo liberal de derecho sobre lo colectivo, opacándolo. A partir de allí se propone reconstruir la subjetividad como racionalidad cognoscente para repensarla como potencia, como punto de llegada y proceso de afirmación y no como punto de partida ontológico; intentando un esbozo de traducción de ello a la propuesta de juridicidad abierta que un nuevo derecho debe construir frente al positivismo jurídico.

Finalmente, el capítulo noveno y de cierre intenta recapitular la discusión y a partir de allí instalar una propuesta inicial que permita primero establecer como afirmación la necesidad y también la posibilidad de pensar ya no solo una crítica al derecho sino su reconstrucción en términos no modernos, ni liberales ni formalistas; segundo analizar la condición de posibilidad y los modos y métodos de ese trabajo, que son en su proceso su propia posibilidad de configuración, asumiendo soberanías instituyentes. A partir de esa redefinición de métodos, recuperación de

entornos y contextos, de la necesaria introducción de un razonamiento ya no lineal, ni conceptual formal sino complejo, de la perspectiva de la participación y capacidad de decisión de los sujetos, de una perspectiva materialista y finalista para el derecho, de la producción de procesos de apertura de la normatividad al campo de una juridicidad social inmediata, que con ello se desplaza en lo sustantivo desde el patrimonio a las relaciones ínter subjetivas individuales, comunitarias y colectivas, que reivindica el conflicto y que instala a los operadores jurídicos a partir de su capacidad de procesarlo y no solo de procedimentarlo, permita pensar desde ello un nuevo paradigma jurídico de lo plural, lo diverso, lo relacional, lo complejo y lo participativo; proponiendo nuevas lógicas e incluso una nueva estética, que por eso es no solo poietica sino poética, que permita realizar permanentemente el proceso de afirmar, posibilitar y construir una nueva juridicidad no general pero si integradora y productora de su condición de posibilidad de lo nuevo.

Esos son sus contenidos. Si se atiende bien a ello puede verse que por una parte se opera en base a un paralelo permanente entre el paradigma moderno en su objetivo jurídico y los puntos de ruptura, deconstrucción, reconstrucción y propuesta de una posibilidad neoparadigmática subyacente en su constructivismo.

Se trata de una discusión, por cierto basta, amplia, compleja y necesaria. A juicio del autor se encuentran las primeras pistas de ella en forma ya suficiente pero nunca bastante, que requiere en verdad el inicio de un programa de investigación más amplio y también más específico en cuanto a su rigurosidad disciplinar se trata. El esfuerzo está hecho. A partir de lo señalado se somete a evaluación, que es lo que toda teoría abierta y crítica requiere permanentemente.



## CRISIS DE PERCEPCIÓN, CRISIS DE SOLUCION.

Por mucho que piense dónde puede ir  
no hay lugar donde haya más pobres que aquí.

Víctor Manuel.

Si buscas resultados distintos, no hagas siempre  
lo mismo.

Albert Einstein.

### El problema de lo real.

En 1821 Friedrich Hegel publicaba *Principios de Filosofía del Derecho* y escribía: “Todo lo que no es esta realidad puesta por el concepto mismo, es existencia pasajera, contingencia exterior, opinión, apariencia inesencial, falsedad, engaño, etcétera”<sup>1</sup> haciendo una distinción entre cierta realidad que proviene de la idea que motiva a la filosofía de esos otros conceptos que la falsean, agregando más adelante que se asemejan a la relación del cuerpo y el alma, y que sin embargo se les puede nombrar como si estuvieran separados. En paralelo, ese mismo año, en ese mundo no conceptual, John Davis descubría la Antártica, los griegos se alzaban contra el Imperio Otomano y ese mismo año eran derrotados y masacrados; en la batalla de Carabobo se decide la independencia de Venezuela; el territorio de La Florida cambiaba de manos de España a los Estados Unidos de Norteamérica; Perú, después de más batallas y muertos, declara su independencia tras la movilización de Argentina y Chile en ese sentido, a lo que seguirá la independencia de Centroamérica de España, luego México, Costa Rica y Panamá; ese mismo año se funda la Universidad de Buenos Aires, comienza a descifrarse la piedra Rosetta, fallece Napoleón Bonaparte, admirado por Hegel, nacen Baudelaire, Flaubert y

---

<sup>1</sup> Hegel, Friedrich. *Principios de Filosofía del Derecho*. Los libros de Sísifo. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 65.



Dovstoieski y fusilaban a José Miguel Carrera, líder de la primera independencia chilena por orden de los otros libertadores.

Cada sucesión de hechos trajo consigo una serie de transformaciones decisivas y directamente relacionadas con los eventos de los dos siglos siguientes. ¿Pertenece esos hechos, sus antecedentes y sus consecuencias al mundo de la realidad o es que acaso lo inteligible no tiene nada que ver con esa otra realidad de cuerpos mutilados en los campos de batalla, de los animales y los vegetales reducidos ya no a conceptos jurídicos sino a la lucha diaria por la alimentación? ¿Es decir que esas materialidades no puestas por el concepto eran en verdad apariencias inesenciales, falsedades, engaños, o que algunos originados en ciertos conceptos sí son reales y otros no? ¿O es que acaso en verdad Hegel perseguía otra cosa elípticamente dicha?

Para una teoría crítica del derecho, en una perspectiva de construcción de un otro derecho, **la pregunta por la realidad es central**. Establecer cuál es el marco y la condición de posibilidad de un sistema de juridicidad, cuales sus alcances, sus fundamentos, los objetivos y el valor que en y para sí instaure adquiere relevancia, porque no da lo mismo un enunciado u otro de realidad, no es igual que la discusión se centre en el concepto, en la idea instituyente o en una materialidad constituyente de los puntos de partida y de llegada de la juridicidad, de la normatividad y de las prácticas que desde allí se construyen. Se trata de una posición que, al igual que la hegeliana, no carece de parcialidad, pero que a diferencia de ella no la encubre, sino que dota de un doble carácter a la pregunta por lo real. Por una parte le otorga relevancia como contexto de mirada, de desarrollo y de dirección de la práctica del derecho, y por otra al declararse materialista y finalista en ese sentido, la importancia de la realidad material frente a la conceptual adquiere su carácter y su potencia instituyente y constituyente.

Se trata, en definitiva, de romper con esa esquizofrenia binaria de situar el plano de las ideas y su proposición y prescripción de deber ser como una supuesta realidad ontológica previa, que establece la realidad como un concepto de totalidad y no como un contexto de posibilidad y transformación. Se trata de disolver la formulación autista y bipolar que permite la existencia, sin mayor cuestionamiento,

de dos mundos que no acaban de explicarse. Para exponerlo en términos históricos, esa paradoja se manifiesta en el contraste absoluto de los últimos cincuenta o sesenta años como la época de mayor escrituración de cartas, doctrinas, opiniones y discursos acerca de los derechos humanos y sin embargo una escalada imparable de violaciones a la dignidad de esos humanos que se proponen como sujetos destinatarios de todas esas discursividades. Precisamente porque “la designación tiene por criterio y por elemento lo verdadero y lo falso”<sup>2</sup> es que se hace necesario el comprobar cuál y cuanto de realidad llevan en si los discursos, cual y cuanta materialidad o cual y cuanta formalidad la constituyen; porque no da lo mismo.

Una de las tesis de éste trabajo es precisamente que la disonancia entre ese mundo de la inteligibilidad del discurso versus la materialidad de sus contextos es lo que pone en jaque a las propuestas jurídicas formales respecto de los problemas y sucesos en los que les toca actuar, transformándose en un círculo vicioso de garantías que refieren a normas y reglas que establecen garantías pero que no se acercan al verdadero estado de conflictividad que las origina. Si como señalaba Foucault “el umbral del lenguaje se encuentra donde surge el verbo”<sup>3</sup> y en la ignorancia, es decir en el punto de desconocimiento, es donde “se fija el fin del discurso”<sup>4</sup>, una propuesta jurídica que tanto en su discursividad como en su práctica pretenda acercarse a la materialidad de los sujetos, al contexto de sus conflictos y a la actualidad de su lucha por la dignidad y la necesidad requiere, por lo mismo otra, relación con la realidad, otro conocimiento, otra no ignorancia, que no la imponga conceptualmente sino que se atreva a inmiscuirse en ella, a sumergirse en sus deslindes, a revelarla como materialidad, a relevarla en la importancia de su consideración. A diferencia de esa dualidad cuerpo-alma que puede ser nombrada separadamente y en que es en definitiva una idea abstracta la que determina su campo y su superficie de acción, el mundo que habitamos no se trata ni de un

---

<sup>2</sup> Deleuze, Gilles. *Lógica del sentido*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2005. Página 39. Al respecto señala, complementando, que “Verdadero significa que una designación está efectivamente cumplida por el estado de las cosas, que los indicadores están efectuados, o la buena imagen seleccionada...Falso significa que la designación no se cumple, sea por un defecto de las imágenes seleccionadas, sea por la imposibilidad radical de producir una imagen asociada con las palabras.”

<sup>3</sup> Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 98.

<sup>4</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 299.

mundo interior que requiere de hechos de la conciencia para constituirse, encontrarse y desarrollarse, sino de cotidianidades materiales tangibles y angustiosas. Lo que abarcamos con la mirada, con el intelecto y con la práctica de vivencia y supervivencia no es un fragmento de idealidad, sino el instante de lo habitual, es decir, de lo que habitamos. Solo rompiendo el cerco de mirada que esa disociación paradigmática que representaba y asumía Hegel, entre otros, será posible actuar sobre esa realidad transduciendo la crisis de percepción que limita la acción.

“Lo conocido es lo habitual, y lo habitual es lo más difícil de reconocer, es decir, de considerar como un problema y por consiguiente, como algo extraño, lejano, situado fuera de nosotros”<sup>5</sup> decía Nietzsche, señalando como punto de contradicción el hecho que para el modelo de ciencia construido a imagen de una ciencia natural con leyes abstractas e inmutables solo lo que se presenta como extraño puede ser conocido y estudiado, separándonos de nuestra cotidianidad declarándolo como no abarcable sin esa ajenidad de lo extraño. En definitiva: el sujeto, el individuo abstracto, descolocado y extrañado de su cotidianidad y del mundo que habita. Saber técnico sobre la experiencia y su abarcabilidad y cognoscibilidad. Se olvida en ese idealismo que “El hombre moral no está más cerca que el hombre físico del mundo inteligible, porque no hay mundo inteligible”<sup>6</sup>.

En esa aproximación no idealista sino material, las preguntas que dirijan la reflexión adquieren importancia decisiva para evitar la opacidad sobre lo cotidiano. Al contrario de la metodología dialéctica que pretenda la confirmación de su absoluto a priori, definido y decidido también a priori como lo real, trabajar sobre una realidad material y relacional, implica definir otro sentido que a su vez determinará no solo la forma del acercamiento a ella, sino también por efecto de esa acción el cómo concebimos las prescripciones e imputaciones posibles para el discurso jurídico y las condiciones de posibilidad de una práctica jurídica de corte materialista y finalista que cierre esa brecha de desigualdad real que separa a unos hombres y mujeres de otros como producto de acciones económicas, culturales, simbólicas, patriarcales y

---

<sup>5</sup> Nietzsche, Friedrich. *La Gaya Ciencia*. Gradifco. Buenos Aires. 2005. Página 214.

<sup>6</sup> Nietzsche, Friedrich. *Ecce Homo*. Editores Mexicanos Unidos. México. 1994. Página 101.

de poder que nos constituye en sujetos u objetos de los procedimientos de regulación de las relaciones sociales.

**Lo real, sus determinaciones y relaciones es entonces el punto de partida base de una discusión acerca de los nuevos paradigmas jurídicos**, de la reinención y transducción del discurso moderno, de la construcción de nuevas propuestas de producciones culturales en que se mueve la creatividad humana. Plantearse la realidad no como cosa sino como proceso y cambio es una pregunta clave en éste punto de partida.

La realidad no es una cosa ya fijada, por el contrario, “es un sucederse de coyunturas que se configuran entre las coordenadas de lo histórico-cultural y lo político-económico, variables que se sostienen en periodos más extensos”<sup>7</sup> y que por tanto requiere entorno y retorno, contexto y relaciones, un proceso de reconocer y hacer simultáneo como forma de estar y devenir. Lo real no es algo que se presente, que se debe desde un abstracto del que solo un acto deductivo de la razón puede dar cuenta, sino que es ese suceder, acontecer posible de aprehender en su momento pero también señalar en su devenir y en su producción.

A la manera de la propuesta cuántica acerca de la incertidumbre podemos, para efectos analíticos, situarnos en el punto de contacto material o en el desarrollo de onda, pero nunca la realidad es una cosificación estática sino movimiento y latencia. En la habitualidad de la existencia la realidad es tanto esa constatación de situación como la posibilidad de la acción en una forma integrada y simultánea. “El mundo es, entonces, no solamente lo visible ahora mismo, sino todo aquello que de alguna manera está, lo que existe en su sentido más amplio, lo que tiene una realidad efectiva”<sup>8</sup> y ello incluye por cierto a la voluntad de hacer, que es voluntad de poder y de actuar, una voluntad de creación que produce y reproduce el entorno y sus relaciones, una energía de Eros, un dispositivo potencia del deseo que reconoce la situación y el instante pero que afirma también lo posible y necesario de

---

<sup>7</sup> Quintar, Estela. *La enseñanza como puente a la vida*. Ipecal. México. 2006. Página 47.

<sup>8</sup> Carrasco Pirard, Eduardo. *Para leer Así habló Zaratustra de F. Nietzsche*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2002. Página 127.

mantención o de cambio de esa realidad. “La realidad es creada por el acto del deseo”<sup>9</sup> y todo desear es instaurar y establecer, en un instante que deviene y se recrea. No se trata de una idea que se devela sino de ideas-deseo que logran materializarse en nuevas re-escrituras de lo actual para el cambio o la conservación. No bastan las ideas. “Para convertirse en reales, las ideas necesitan a los seres humanos, los cuales aplicarán para ello una fuerza práctica –con lo que lo interactivo se configura, en nuestro modelo de proceso cultural, como el nexo entre lo causal y lo metamórfico”<sup>10</sup>.

Esa propuesta, de un mundo de ideas perfectas dadas o emanadas –nunca se sabe claramente- de la razón misma, es manifiesta en su no neutralidad sino por el contrario, en la afirmación de un proyecto político cognitivo: la configuración de la sociedad liberal y de mercado, antropológicamente propietaria. Su resultado: la disociación entre discursos de dignificación y prácticas de denigración sobre los habitantes de la realidad material. Solo un nuevo proceso de afirmación del contexto sobre los conceptos; de la acción en tanto posibilidad y del sentido de las necesidades de los sujetos en tanto punto de llegada permitirá pensar en una realidad integradamente nueva.

### **Percepción, acción y mundo.**

Para cualquier perspectiva cognitivo-política, la comprensión que se haga de sí y del mundo determina no solo la manera de concebir lo real, sino con ello determina a su vez el devenir de las acciones en torno al hacerse sujeto de las acciones propias y ajenas, de las relaciones en que se interviene y del sentido de ese estar/hacer el mundo de lo habitual. Por ese motivo discutir el contenido y el sentido de los paradigmas que moldean esas percepciones se torna un punto básico en la construcción de un pensamiento jurídico materialista y finalista, que por un lado

---

<sup>9</sup> Bauman, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2006. Página 21.

<sup>10</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página.102

rebate el esencialismo y el formalismo y por otro afirma la necesidad de un nuevo modelo de razonamiento y práctica que centre los derechos de los humanos en su materialidad y no en las disposiciones acerca de la adecuación de sus conductas a un a priori pre establecido.

Loa valores, los lugares de las técnicas y las disciplinas, las metodologías, los puntos de partida y de llegada del conocimiento, la capacidad de reconocer y actuar con una cierta perspectiva de sentido no son casuales, no son a priori, no emanan ni dimanar de un lugar abstracto, indeterminado y total, inexpugnable o verificable solo a través de procesos de inteligibilidad neutralmente racionales. Las maneras de percibir la realidad con que ejecutamos ya aprehendemos las porciones de realidad que se nos ofrecen o pretendemos abarcar, están constituidas por formas constantes y continuas de de razonar y hacer, que involucran un paradigma completo y mas menos estructurado que recoge tanto los valores preformativos del mismo como su episteme, estructuras lingüísticas y discursivas y las herramientas técnicas de su concreción. De allí que establecer una aproximación genealógica y arqueológica<sup>11</sup> de los paradigmas dominantes en juego permita descubrir que nuestra percepción de lo real está influido y por lo mismo, establecer su posibilidad o su agotamiento implica una ventana de opción para establecer otra y - en lo posible nueva - perspectiva de percepción-emoción-acción.

Cuando hablamos de paradigma como “toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etc., compartida por los miembros de una comunidad determinada”<sup>12</sup> y apreciamos que esa forma de concebir la realidad a partir de formulaciones conceptuales abstractas, que requieren procesos analíticos para concretarse en mecanismos técnicos de ajuste de la realidad a esos conceptos,

---

<sup>11</sup> Al respecto uso las expresiones genealogía y arqueología dentro del horizonte conceptual establecido a partir de Friedrich Nietzsche y Michael Foucault. Al respecto, Gilles Deleuze señala en su obra *Nietzsche y la filosofía* (Anagrama. Barcelona 2002, Página 9) que “Genealogía quiere decir a la vez el valor del origen y origen de los valores. Genealogía se opone al carácter absoluto de los valores como a su carácter relativo y utilitario. Genealogía significa el momento diferencial de los valores de los que se desprende su propio valor. Genealogía quiere decir pues origen y nacimiento, pero también diferencia o distancia en el origen”. Por su parte Eugenio Trías señala a la arqueología como el ejercicio de descubrir las condiciones de posibilidad de un saber o una ciencia. (*Filosofía y Carnaval*. Anagrama. Barcelona. 1984. Página 20-21).

<sup>12</sup> Kuhn, Thomas. *La estructura de las Revoluciones científicas*. Perspectiva. Sao Paulo. 1975. Página 218. Citado en Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Editorial MAD. Sevilla. 2006. Página 77.

podemos apreciar cuan influida por esa imposición de método está nuestra percepción de la realidad que procesamos, como los límites de nuestro conocimiento están marcados por esos cercos de mirada ya descritos en un discurso previo, y si a su vez constatamos que no existen discursos neutros, podemos plantearnos el problema de la percepción como un juego de despliegue de estrategias y por lo mismo romper con la cosificación de la realidad que se impone a nuestra aproximación a ella.

La discusión de los paradigmas no es abstracta como puede parecer, sino que se traduce en decisiones y opciones de acción concretas y, para el punto al que nos interesa llegar, en la ejecución de técnicas que incidirán en nuestra capacidad de hacernos sujetos de creación de nuestra cotidianeidad y de construcción y ejercicio de los derechos que permitan satisfacer y garantizar las necesidades humanas fundamentales. Como lo señala Zygmunt Bauman: “Desde hace un par de siglos, la academia no ha tenido otro mundo para atrapar en sus redes conceptuales, ni para reflexionar, describir e interpretar, que el mundo sedimentado por la visión y la práctica capitalistas”<sup>13</sup>, de manera que la racionalidad instrumental en que se traduce la ciencia y con ella el paradigma que la alimenta en realidad son el modo de ver, mirar y diseñar del socio comercial del saber paradigmático moderno. O como el mismo autor lo expone a continuación al hablar de la traducción de ese paradigma en el modelo fordista de producción, a su juicio resultó ser “un sitio de construcción epistemológica sobre el cual se erigía toda la visión del mundo y que se alzaba majestuosamente dominando la totalidad de la experiencia vital”<sup>14</sup>.

Se trata antes que discutir el modelo de ciencia de la modernidad de la necesidad de explorar la constitución misma de ese conocimiento moderno, en su estructura y valores.

Esencialmente a partir de Kant, “Todo conocimiento racional es, o bien material, y se refiere a algún objeto, o bien es formal y se ocupa solamente de la forma del entendimiento y de las reglas universales del pensamiento en general, sin

---

<sup>13</sup> Bauman, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2006. Página 62.

<sup>14</sup> Bauman, Zygmunt. Op. cit. Página 62.

distinción de objetos”<sup>15</sup>, llamando a ese modo de conocimiento “lógica”, que lo separa y abstrae de la práctica y de la naturaleza (ética y física), y que es la única forma que le permitiría acercarse a la pureza de una realidad a priori. Se trata para Kant de establecer un valor moral, una ley moral a priori y universal que funde su verdad y su legitimidad en una necesidad absoluta, y por lo tanto abstracta. Constituye éste un punto central de la construcción de la arquitectura del pensamiento moderno, como de la ciencia y técnica que implicarán su aplicación occidente primero y sobre el orbe completo a partir del proceso de expansión ininterrumpida que le siguió. Es un punto de conexión arqueológico con el pensamiento del abstracto platónico-aristotélico como de relación genealógica con el cogito cartesiano y el mundo inteligible hegeliano. A partir del primero se impone en la producción filosófica de la modernidad la búsqueda de una pureza que imponga limpieza respecto del mundo y su incesante mutación física que impide su fijación y cosificación, por intermedio de una forma de conocimiento, y por ende de percepción, que consiste en la distancia y separación de la materia. Se sigue así la lógica de la tradición platónica en cuanto a que “Como el mundo sensible es cambiante y engañoso, el conocimiento racional (de lo verdadero e inmutable) exige una toma de distancia respecto de la contingencia y de la propia sensibilidad. Para hacerlo, el sujeto debe remontar su facultad para conocer) facultad depositada en su alma, en oposición a su cuerpo) un reino pre biográfico donde el alma ha podido tomar contacto con las ideas verdaderas”<sup>16</sup>.

Luego, esos valores de ordenación conceptual, orden y deber, solidificación de lo existente se traducen en leyes inmutables, y por tanto de los componentes de esa realidad en cosas medibles e intercambiables por leyes universalmente reguladoras, como las de intercambio capitalista, favorecidas y producidas por la autonomía de voluntad del sujeto contratante y cognoscente. En palabras de Kant, esa opción por el desapego de lo sensible, que va a traducirse en disyunción de realidades y de posibilidades de condición de conocerlas, implica aceptar una realidad distinta a la percibible por los sentidos, y que por lo mismo transforma el

---

<sup>15</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 43.

<sup>16</sup> Hopenhayn, Martin. *Después del nihilismo. De Nietzsche a Foucault*. Editorial Andrés Bello. Barcelona. 1997. Página 108-109.



mundo de los sentidos en una realidad disponible para la razón y sus invenciones, que por esa época e incluso hoy se traducen en ciencia y técnica al servicios del intercambio y el lucro. O en palabras del mismo Kant: “En este sentido, el concepto de un mundo inteligible no es más que un punto de vista que la razón se ve obligada a tomar fuera de los fenómenos para pensarse a sí misma como práctica, punto de vista que no sería posible si los influjos de la sensibilidad fueran determinantes para el hombre”<sup>17</sup>, porque sin la opción del desapego no sería posible su ajenidad y solo ella permite su apropiación, disponibilidad e intercambio a cambio de una contraprestación no real sino inteligible como es la moneda como base de cambio y de tránsito entre las leyes del mundo de la razón y el de las cosas.

A partir de ese conocimiento racional, como forma de percepción única que garantiza la verdad y excluye todo otro acercamiento que no dependa y esté decidido a priori, se verifica una escisión de mundos, pero también una disyunción de potencialidades de trabajo, ya que se reduce el mundo y la realidad a lo estático, y la verdad se define por deducción y por abstracción. Allí, “no hay conocimiento verdadero más que por intuición, es decir, por un acto singular de la inteligencia pura y atenta, y por la deducción que liga entre si las evidencias”<sup>18</sup>. La cuestión a debatir entonces es a donde nos lleva ese mecanismo de pensamiento abstracto y en qué medida provoca o resuelve las crisis de sentido en que opera.

Se trata de una pregunta central a debatir el hecho de si la razón, como paradigma del a priori, si el pensamiento abstracto, la desconfianza y relegación de lo sensible, la metodología binaria y bipolar de análisis de los fenómenos, la exclusión de los actores por los expertos, la denominación del progreso y el desarrollo como etapas necesariamente sucesivas y la cosificación y por lo mismo inmovilidad del mundo bajo cualesquiera otras leyes (en verdad axiomas) que no sean leyes universales “objetivas” y en concordancia con los valores históricos de la técnica aplicada a la producción y circulación de los bienes, permiten una comprensión del mundo apropiada a la movilidad de éste; pero también si esa forma

---

<sup>17</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 146.

<sup>18</sup> Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 59.

de comprender determina la acción solo en una línea de continuidad y no de superposición, recursividad y modificación de relaciones del proceso cultural.

La primera formulación de respuesta ya la conocemos, se trata de la apuesta por el pensamiento abstracto y disyuntivo que dispone que esa abstracción es no solo un proceso de producción de verdad sino la verdad misma, en un juego de asignación del “como si” de esos enunciados: como si todo fuese razonable, como si toda lógica y todo razonamiento del a priori nos llevara en verdad a un mundo razonablemente ideal, en que cierta naturaleza nos otorga las cosas en sí. Un juego en que se actúa “como si el hombre tuviera por naturaleza el instinto del derecho y también el instinto de la propiedad y la moralidad”<sup>19</sup>, y que transforma por acto de racionalidad esos instintos del como si en deberes que conducen a la verdad universal, “universalidad que se determina a sí misma, la voluntad, la libertad. En cuanto la voluntad tiene como contenido, objeto y fin a la universalidad, a si misma en su carácter de forma infinita, no es solo voluntad libre en si sino también por sí, es verdadera idea”<sup>20</sup>. Lo único real se restringe a una verdad formal, a un concepto inteligible de realidad como si ella pudiese limitar la vida a lo discernible racionalmente.

Contra esa abstracción, aquellos que pretenden observar, trabajar, hacer y habitar no una realidad abstracta sino en una material, que diga relación con la totalidad de la experiencia, su complejidad y con las relaciones necesarias para la producción cultural de los procesos sociales y un aún más complejo acoplamiento con los entornos biológicos y ambientales, el planteamiento de la ininteligibilidad adolece no tanto de falsedad sino de falseamiento interesado, ya que “quien toma como punto de partida el pensamiento abstracto nunca podrá llegar a la vida, porque no hay camino que pueda conducir de la metafísica a la vida”<sup>21</sup>, ya que las cosas no tienen un en sí, sino que conllevan un conjunto de procesos que posibilitan su construcción. Como señalaba Bakunin “las cosas son lo que hacen. En lo que se

---

<sup>19</sup> Hegel, Friedrich. *Principios de Filosofía del Derecho*. Los libros de Sísifo. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 98.

<sup>20</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 100.

<sup>21</sup> Bakunin, Mijail. *La libertad. Obras escogidas*. Agebe. Buenos Aires. 2005. Página 153.

llama su interior no pueden tener nada que no se manifieste en su exterior; en una palabra su acción y su ser son uno solo”<sup>22</sup>, pensar de otro modo es construir modelos de ideas que no calzan con la realidad sino que imponiéndolos arbitraria y forzadamente. La objetividad que se pretende por el idealismo solo ha sido transformarla en un sentido común difundible mediante una muy concreta historia de actos de fuerza y de surgimiento de instituciones de control, disciplinamiento y concientización disponible y afín al proyecto de la producción del capitalismo moderno se trató de un proceso de naturalización construida. Solo en ese marco de abstracción e fines, mirada de progreso y disyunción de la sensibilidad y el ahora de lo racional se ha podido establecer una supuesta verdad que se imagina a sí misma como si fuese objetiva. Esa es la ilusión del proyecto de percepción del mundo de la modernidad idealista y formalista, una ilusión de objetividad<sup>23</sup> que se aparta de la materialidad convenciendo e imponiendo el hecho que sensibilidad y la necesidad son meros deseos y que lo racional es lo único que nos asegura un orden consistente en la obediencia a las leyes supuestamente naturales del contrato, la individualidad propietaria y la utilidad del plus valor.

Estamos pues ante un punto de inflexión en el debate y de opción en la postura a adoptar respecto de los paradigmas de mirada/acción sobre el mundo, es decir sobre el entorno, las relaciones y los procesos culturales de producción y reproducción de nuestro estar en él.

Hacemos para este trabajo primero la opción por la superación y transducción<sup>24</sup> del idealismo abstracto, formalista, idealista y analítico. Contra las

---

<sup>22</sup> Bakunin, Mijail. Obra citada. Página 23.

<sup>23</sup> “¿Y no es así que aun la acepción más refinada de la palabra objetividad encierra siempre también una ilusión?” sostenía Nietzsche acerca del ese proceso de cosificación y disyunción sobre el mundo que imponían las tesis racionalistas de la ilustración idealista, debatiendo al centro de los efectos de largo plazo de ese accionar contra la vida, que los desastres ecológicos causados por el abuso de la técnica sin consideración de los seres vivos (humanos y no humanos) a los que se imponía el progreso han venido a demostrar brutalmente como una ilusión de control que la naturaleza se encarga de resolver en contra de la técnica de dominación. “¿Es que la vida debe imperar sobre el conocimiento y la ciencia o el conocimiento sobre la vida? ¿Cuál de las dos fuerzas es superior y decisiva? Nadie dudará: la vida es la fuerza superior, la fuerza dominante, por que cualquier conocimiento que destruya la vida se habrá destruido simultáneamente a si mismo.” Nietzsche, Friedrich. *Segunda consideración intempestiva*. Libros del Zorzal. Buenos Aires. 2006. Páginas 82 y 151.

<sup>24</sup> Uso aquí el termino tanto en la perspectiva Zen de pasar al otro lado del muro asumiendo la totalidad del estar en vez de chocar o abrir un forado físico en él, pero también como en la metáfora de pasar al otro lado del espejo que Gilles Deleuze usa a propósito de los juegos de lógica y sentido que usa en su libro *Lógica del Sentido*; en

opciones teórico prácticas que se sustentan en la idea de un a priori absoluto, en que el proceso de ejecución de sus propuestas consistente en la confirmación por imposición confirmación de ese a priori y la ordenación de la realidad frente a lo absoluto, hacemos una opción profunda por la humanización de los procesos sociales de satisfacción de necesidades, creación de derechos y apertura de espacios de dignificación de sujetos que adquieren la calidad de tal en el ejercicio de sus potencialidades hasta el cumplimiento efectivo de su subjetividad material. Como lo señala Joaquín Herrera Flores, se hace opción por “repensar una nueva cultura de derechos humanos que supere los supuestos positivistas (los derechos humanos como textos jurídicos) y los planteamientos idealistas o iusnaturalistas (los derechos humanos como productos de una concepción humana descontextualizada que se viene desplegando a lo largo de la evolución de la humanidad, por lo menos para occidente, desde la Grecia clásica al nuevo Imperio de la Globalización neoliberal)”<sup>25</sup>, haciendo luz en el hecho que toda producción de riqueza social es producto de acciones humanas de creación y gestión y no un acto de develamiento.

Se trata en consecuencia no solo una contrapropuesta teórica de apelación a un nuevo sustrato de realidad material no aprioris, sino de un proceso de humanización concreto, con actores, contextos sociales, geográficos, teóricos y de sentido que dan origen prácticas efectivas de creación de derechos, satisfacción de necesidades y construcción de dignidad concreta. Se trata de optar por una metodología de revisión permanente de las prácticas, sus fines y formas de llegada en un proceso de acciones crecientes de deshumanización en nombre de la razón moderna. Como señalaba Pablo Freire, “Constatar esta preocupación implica reconocer la deshumanización no solo como viabilidad ontológica sino como realidad histórica. Es también y quizás básicamente, que a partir de esta constatación dolorosa, los hombres se preguntan sobre la otra viabilidad – la de su

---

especial cuando sostiene que “Pasar al otro lado del espejo es pasar de la relación de designación a la relación de expresión: sin detenerse en los intermediarios, manifestación y significación. Es llegar a una región en la que el lenguaje ya no tiene relación con unos designados sino solamente con unos expresados, es decir, con el sentido.” Rompiendo con el pensamiento en dualidades excluyentes. Deleuze Gilles. *Lógica del Sentido*. Ediciones Paidós Iberica S.A. Barcelona. 2005. Página 54.

<sup>25</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página 14.

humanización”<sup>26</sup> es decir que conscientes de su in conclusión se disponen a la creación de esos espacios de subjetivización que relacionalmente complete el proyecto humano nunca definido sino en permanente poiésis.

Hablamos de una opción de mirada radicalmente distinta a la bipolaridad disyuntiva del paradigma moderno, que pretende ver en los fenómenos contradicciones contrapuestas que: primero, emanan de la existencia de un orden natural; segundo que constituyen un acoplamiento o un desorden respecto de ese orden; y tercero que en consecuencia requieren deducciones, decisiones y aplicaciones racionales de retorno a ese orden. Allí es donde toda otra mirada es no solo escindida en un análisis lógico, sino que esa disyunción es hecha para llevar esa mirada que disiente hacia la sanción. Esa mirada que discierne en torno a binomios de exclusión debe ser superada no solo por sus causas sino esencialmente por sus consecuencias a la vista, la clausura permanente de espacios de dignidad por la violencia de la secesión y exclusión entre el mundo fenoménico y sus leyes y la realidad que ordena y fuerza si es preciso<sup>27</sup>. El sentimiento humano se ha llenado de dolores, injusticias, durezas, enajenaciones y frialdades, por el hecho de que se creía ver contrastes donde solo hay transiciones”<sup>28</sup> escribía Nietzsche en 1879; y ciento veinte años después ese modo de pensar/hacer binario ha llenado aún más páginas de crónicas sobre esos mismos males sin avanzar en el mundo de la realidad al ritmo que en el de los enunciados; al contrario, se retrocede del siglo de los derechos humanos al de la violencia y la dominación absoluta.

Se requiere entonces de otra mirada que rompa “la mitología blanca que reúne y refleja la cultura de occidente”<sup>29</sup> como metafísica que rinde culto a una verdad creada por ella misma, erigida en centro del raciocinio y del hacer en base a leyes que prescriben y ordenan; que rompa y subvierta la sinonimia de ley y verdad,

---

<sup>26</sup> Freire, Pablo. *Pedagogía del oprimido*. Tierra Nueva. Montevideo. 1971. Página 38.

<sup>27</sup> Basta al efecto recordar que una de las características intrínsecas de los regímenes jurídicos formales modernos es la amenaza de coerción forzada permanente al desajuste a la norma, sin discusión de sus razonamientos; tan permanente que tiende a opacarse y olvidarse.

<sup>28</sup> Nietzsche, Friedrich. *El caminante y su sombra*. Edimat Libros. Madrid. 1999. Página 72.

<sup>29</sup> Derrida, Jacques. *Márgenes de la Filosofía*. Cátedra. Madrid. 2003. Página 253.

abandonando el axioma de certeza donde “las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas que han sido usadas y que han perdido su fuerza sensible”<sup>30</sup> y que han servido para apartar la mirada más que para una contemplación y acción inclusiva de los sujetos en y con su entorno y sus relaciones. Se requiere una opción por una epistemología de la complejidad y de la inclusión, que supere la conciencia no participativa que olvida que “todo conocimiento se produce en términos de significado, y por lo tanto, el conocedor está siempre implicado en lo conocido”<sup>31</sup>, que admita esa participación e involucramiento en una diversidad flexible de recuperación de la totalidad de los procesos a partir de una conciencia y un énfasis en un sí mismo no individualista que estimule “la interacción de éste sí mismo con otros sí mismos”<sup>32</sup>, reasumiendo la potencia de la emoción relacional.

Ese otro punto de vista es también una ciencia nueva, no analíticamente abstracta ni positivístamente impositiva, sino constituida en una propuesta donde “no solamente el objeto debe ser adecuado a la ciencia, la ciencia debe también ser adecuada a su objeto”<sup>33</sup> en que el objetivo y la práctica de esa ciencia, por todos los actores afectados y en diversos niveles de condensación, se ejecute “Apuntando hacia la producción colectiva de saberes y la recuperación y valoración de los saberes tradicionales”<sup>34</sup>. Se trata de una mirada vital que no olvide las necesidades y las materialidades mínimas para el desarrollo del sujeto en tanto ser vivo y que no lo considere solo una entelequia, que arrancando de la cosificación de las cosas en bienes y de los sujetos en partes de contratos, no olvide que “un organismo, o un ser vivo, es un sistema dinámico. Es decir, un organismo, o un ser vivo, es un sistema que mientras conserva su organización está en continuo cambio de

---

<sup>30</sup> Derrida, Jacques. Op. cit. Página 257.

<sup>31</sup> Berman, Morris. *El Reencantamiento del Mundo*. Editorial Cuatro Vientos. Santiago de Chile. 1999. Página 137.

<sup>32</sup> Berman, Morris. Op. cit. Página 273.

<sup>33</sup> Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2004. Página 81.

<sup>34</sup> Elizalde, Antonio. *Desarrollo humano y ética para la sustentabilidad*. Universidad Bolivariana. Santiago de Chile. 2003. Página 111.

estado”<sup>35</sup> y que el cambio y la preservación y no la conservación es el estado de lo vivo. Una ciencia jovial diría Nietzsche, que en un carnaval de voluntades recuerde y establezca que el conocimiento no es la razón abstracta y sus deducciones, sino que “la vida es un medio para el conocimiento”<sup>36</sup>, que no teme ni escapa al conflicto sino que lo resuelve en un recalcado de sus potencias, y en una alteridad en que el pluralismo deviene en perspectivismo, de modo que “la comprensión del otro produce en mí un desplazamiento de perspectiva”<sup>37</sup>

Hacemos también una inflexión. Colocamos un punto de tensión en la mirada acerca del paradigma moderno como posibilidad de superar los problemas que su misma metodología y cogito han creado. En efecto, el paradigma moderno – cartesiano e idealista- ha parcelado la realidad y su conocimiento de manera tan disciplinar que ha provocado, consecuentemente con su postulado de disyunción al menos dos efectos que ponen en discusión su capacidad para resolver los problemas que ha creado.

Primero, ha puesto como punto de partida precisamente la abstracción antes que la realidad de contexto, de manera que la técnica que se aplica sobre las cosas y el mundo ha resultado, a pesar de su potencial y su instrumentalidad, precisamente por la concepción de sus gestores, como invasiva, dominante y externa a los costos profundos de su aplicación, descontextualizada de la realidad material, de su propio sentido interno, como de la promesa de bienestar que contenía. Esa desconexión de sentido puede explicarse como un desarrollo acelerado que produce un olvido de sí, de su coherencia discursiva y de aplicación, un descuido respecto de una alerta de ceguera posible en su gestión. Como sostiene Edgar Morin, “Un paradigma está constituido por un cierto tipo de relación lógica extremadamente fuerte entre nociones maestras, nociones claves, principios clave. Esa relación y esos principios van a gobernar todos los discursos que obedecen,

---

<sup>35</sup> Maturana, Humberto. *Desde la biología a la psicología*. Lumen. Buenos Aires. 2003. Página 40.

<sup>36</sup> Nietzsche, Friedrich. *La Gaya Ciencia*. Gradifco. Buenos Aires. 2004. Página 177.

<sup>37</sup> Hopenhayn, Martín. *Después del Nihilismo. De Nietzsche a Foucault*. Editorial Andrés Bello. Barcelona. 1997. Página 218.

inconscientemente, a su gobierno”<sup>38</sup>. No es extraño entonces que la disyunción se haya vuelto en su contra.

Segundo, y en conexión estrecha con aquello, su desarrollo disciplinar ha resultado tan fragmentario que finalmente produce opacidad en vez de claridad acerca del entorno de su objeto puntual de estudio. “Constituido a imagen de una matriz disciplinaria, un paradigma implica así una teoría básica, una tradición científica y algunas explicaciones ejemplares que son aceptadas por los científicos hasta el punto de suspender el esfuerzo crítico de discusión de sus presupuestos y de sus posibles alternativas.”<sup>39</sup> De manera que ese punto de ceguera, el excesivo desmembramiento disciplinar en saberes que olvidan la totalidad en su ejercicio de mathesis y abstracción puede llegar a producir no solo una contradicción de saberes sobre un mismo objeto analizado tan particularmente que tiende a la desconexión, sino que una verdadera crisis de respuesta. En el análisis de Faria, “Esa crisis surge cuando los paradigmas ya no consiguen enfrentarse con hechos nuevos, ni proporcionar nuevas orientaciones, ni establecer normas capaces de orientar el trabajo científico”.<sup>40</sup> En ese desmembramiento del territorio (como en el cine, cualquier semejanza con la historia y la crisis africana es mera coincidencia), en la práctica de los operadores científicos se olvida que “Una disciplina es una porción autónoma, pero no independiente, del saber general.”<sup>41</sup>

Una de las tesis centrales que este trabajo señalará, respecto del derecho y la necesidad de reinventarlo, precisamente en eso, en una cierta obsolescencia de su carácter instrumental y de sentido. “Los modelos culturales, normativos e instrumentales que fundamentaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios de científicidad se volvieron insatisfactorios y limitados”<sup>42</sup>. Al afectarse el

---

<sup>38</sup> Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2004. Página 89.

<sup>39</sup> Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta. S.A. 2001. Página 40.

<sup>40</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 41.

<sup>41</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 17.

<sup>42</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. San Luis de Potosí. 2006. Página 25.



paradigma moderno se afecta con ello el espacio jurídico que es parte de su proceso de construcción histórico. Se trata de una crisis mayor por cierto, pero que requiere abocarse a ella desde su interior y su exterior al mismo tiempo.

Revisar con detención la constitución y desarrollo de ese paradigma moderno en su conformación científica y jurídica ayudará a esclarecer esta hipótesis de obsolescencia y necesidad de una re escrituración del saber y las prácticas jurídicas y sociales de lucha por la dignidad.

### **Ciencia y progreso. La promesa incumplida de la modernidad.**

Lo que conocemos como modernidad es un proceso complejo, del cual la ciencia y la técnica son elementos nucleares de su formación y su desarrollo. Junto con el origen de los entonces nuevos procesos a que la formación del capitalismo dio lugar, generando y dirigiendo el nuevo paradigma que pugnaba con el de la antigua episteme medieval, el papel de la ciencia y su aplicación como tecnología han dejado huellas fundamentales en nuestra forma de pensar y hacer, lo que incluye a las formaciones jurídicas. Todo lo que ocurre de ahí en más tiene que ver con ese momento fundacional.

Cuando en 1636 René Descartes editaba en forma anónima “El Discurso del Método” y expresaba que se movía por “un extremado deseo de aprender a distinguir lo verdadero de lo falso para ver en claro mis acciones y caminar con seguridad por esta vida”<sup>43</sup> mientras señalaba como algo apodíctico el que “no habiendo más que una verdad en cada cosa, quien la encuentra sabe tanto como se puede saber”<sup>44</sup>, para lo cual debía seguirse un método de cuatro pasos ciertos que permitiera conocer y establecer las cosas objeto de conocimiento “como muy verdaderas y muy seguras, debido a que la razón que nos ha hecho decidirnos por

---

<sup>43</sup> Descartes, René. *El Discurso del Método*. Madrid. Ediciones Akal S.A. 1989. Pág. 25.

<sup>44</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 36.

ellas lo es”<sup>45</sup>, a la vez que configuraba el actor de ésta historia, el individuo diferenciado y superior a las masas, creador y hacedor privilegiado por su razón y su método, ya que como demostraba la razón “no hay tanta perfección en las obras formadas de varias piezas y hechas por mano de diversos maestros, como en aquellas trabajadas por uno solo”<sup>46</sup>, se desprendía naturalmente el principio primero de su filosofía, el “pienso, luego soy”<sup>47</sup> y lo investía de la calidad y capacidad de sujeto dominante llamado, mediante su acción cognitiva racional a “convertirnos como en dueños y poseedores de la naturaleza”<sup>48</sup> en un orden social distinto al de “los pueblos que siendo en otro tiempo semisalvajes y no habiéndose civilizado sino paulatinamente, han hecho sus leyes a medida que la incomodidad de los crímenes y las querellas les han forzado a ello no pueden estar tan bien organizados como aquellos que desde el comienzo de su reunión han observado las constituciones de un prudente legislador”<sup>49</sup>. Lo que estaba haciendo, siguiendo nuestra metáfora cinematográfica, era instituir esa promesa fundante, recogiendo y a su vez originando todo ese proceso de la modernidad que va - por encuadrarlo de alguna manera - desde Galileo y sus contemporáneos hasta los revolucionarios burgueses y el nacimiento del liberalismo. Lo que Descartes está haciendo entonces es enunciar desde allí los pilares de la modernidad, que serán desarrollados y complementados a su vez por otros teóricos de ese proceso: la necesidad de establecer verdades absolutas y universales; la primacía de la razón como esencia e instrumento del cogito; el yo escindido de la razón por sobre la naturaleza; la ciencia como método preciso de conocimiento, como debeladora de esa verdad y como instrumento de apropiación y aprovechamiento de la naturaleza; la acción del sujeto en tanto individuo eje de la acción humana, autónomo e individual, más un gobierno sustentado por y en la ley, guardián y gestor de los principios de la posesión y el individuo.

---

<sup>45</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 41.

<sup>46</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 27.

<sup>47</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 50.

<sup>48</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 79.

<sup>49</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 28.

Como señalaba Nietzsche en *La Gaya Ciencia*, de Newton a Voltaire, de Inglaterra a Francia (o de Galileo a Kant y de Bacon a Hegel e Inglaterra a Alemania podría ser más abarcador y también más completo) lo que se estaba construyendo, a pesar de las diferencias de partida, era todo un cuerpo coincidente y a la larga complementario de ideas que sustentarían el paradigma del tiempo por venir. Se creía “en la necesidad absoluta del conocimiento, sobre todo en la más íntima relación entre la moral, la ciencia y la felicidad”<sup>50</sup> como fundamentos del orden a construir y que se iría imponiendo en las ciencias, en el derecho, en la política, en la economía, etc. La nueva física que inauguraban Galileo y Newton era la correspondencia práctica de lo sostenido por Bacon cuando señaló “que uno tenía que preguntarle directamente a la naturaleza, colocándola en una situación en que se viera forzada a suministrarnos sus respuestas”<sup>51</sup>.

*El Discurso del Método* era un ataque directo, aunque disfrazado de perfeccionamiento personal, a la episteme medieval<sup>52</sup>, también lo era el *New Organon* de Francis Bacon que, confrontando la lógica Aristotélica que se había adoptado por la razón teológica, señalaba el carácter fundante de ésta nueva perspectiva científica bajo el argumento de “Tenemos que comenzar otra vez desde los fundamentos mismos, a menos que queramos estar para siempre dando círculos con un escaso e insignificante progreso”<sup>53</sup> pero indicaba además la necesidad de la ciencia y la tecnología como instrumentos de esa conquista del mundo que había que emprender: “Las ciencias están donde estaban y permanecen casi en la misma condición; sin recibir un incremento notable... Mientras que en las artes mecánicas, que están fundadas en la naturaleza y a la luz de la experiencia, vemos que ocurre

---

<sup>50</sup> Nietzsche, Friedrich. *La Gaya Ciencia*. Buenos Aires. Gradifco. 2004. Página. 52.

<sup>51</sup> Berman, Morris. *El reencantamiento del mundo*. Santiago. Editorial Cuatro Vientos. 1999. Pág. 28.

<sup>52</sup> Lo que aparece claro en las numerosas ocasiones en que Descartes menciona que no quiere romper ni con Dios ni con las leyes establecidas sino establecer principios solo para él que lo lleven a esas conclusiones de verdad, como cuando expone: “no es mi propósito enseñar aquí el método que cada cual debe seguir para dirigir bien su razón, sino solo mostrar de qué forma he tratado de dirigir la mía” o cuando agrega que “también he observado ciertas leyes que Dios ha establecido en la naturaleza, y cuyas nociones ha impreso en nuestras almas”. Descartes estaba conciente de la reciente condena a Galileo y la necesidad de morigerar los dichos en beneficio de la razón científica que debía imponerse a la razón teológica contra la cual actuaba. Ver: Descartes, René. *El Discurso del Método*. Madrid. Ediciones Akal S.A. 1989. Páginas 19 y 59.

<sup>53</sup> Bacon, Francis; citado por Berman, Morris. *El reencantamiento del mundo*. Santiago. Editorial Cuatro Vientos. 1999. Página 29.

lo contrario, porque ellas... están continuamente prosperado y creciendo, como si tuvieran ellas un hálito de vida”<sup>54</sup>.

Basta detenerse en las palabras usadas por ambos para establecer como el lenguaje tecnológico del pensamiento científico-político actual es heredero directo de ese orden teórico que emergía: verdad, razón, técnica, progreso, prosperidad, crecimiento. Todo ese arsenal lingüístico no es casual y ha servido para inspirar a unos y para modelar a otros en esto que hemos llamado el paradigma moderno, formando una suerte de **inconsciente paradigmático**, del que da cuenta Lacán cuando avanzando en las tesis de Freud elabora la tesis e hipótesis de que “el inconsciente está estructurado como un lenguaje”<sup>55</sup>

Conviene observar ésta genealogía de lo dicho en esa etapa fundante del paradigma moderno para no dar lugar a dudas acerca de la importancia de revisar el consciente y el inconsciente del paradigma moderno; así como para afirmar lo distinto a la hora del desenlace de los guiones que he propuesto como metáfora. Lo hacemos precisamente desde ésta óptica que me parece imprescindible a la hora de revisar las promesas de la modernidad, puesto que la historia carece de esa asepsia que los discursos oficiales pretenden darle. Vale la pena detenerse en los discursos para develar sus intenciones, sus relaciones, sus proximidades a un proyecto que, aunque parece ver perderse su origen en el pasado, es de incidencia directa en el proceso globalizador actual. Esta perspectiva genealógica que asumimos no es casual, toda vez que “Pone en evidencia las valoraciones últimas que llevan a interpretar de tal o cual modo, y que mueven a manipular un discurso en una u otra dirección”<sup>56</sup> y se aproxima a la historia de una manera no solo crítica sino inflexiva, “Rompe también con la imagen de una interpretación incuestionable de la historia, y con la confianza de un sustrato incondicionado que subyace a la secuencia de acontecimientos”<sup>57</sup>. El análisis de las promesas del paradigma moderno y de sus

---

<sup>54</sup> Berman, Morris, Op. cit. Pág. 30.

<sup>55</sup> Dor, Joël. *Introducción a la lectura de Lacan. El inconsciente estructurado como lenguaje*. Barcelona. Editorial Gedisa S.A. 2000. Página 19.

<sup>56</sup> Hopenhayn, Martín. *Después del nihilismo de nietzsche a Foucault*. Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello. 1997. Página 32.

<sup>57</sup> Hopenhayn, Martín. Op. cit. Página 33.

resultados por los síntomas de su capacidad para haberle dado cumplimiento hace necesaria esa tarea.

Siguiendo a Lacán, podemos entonces hablar de la necesidad de desenterrar y liberar todo ese lenguaje que subyace en el producto que es éste, nuestro tiempo, de ese momento fundacional: “El síntoma se resuelve completamente en un análisis del lenguaje, porque el mismo está estructurado como un lenguaje, porque es un lenguaje cuya palabra debe ser liberada”<sup>58</sup>. Conviene tener presente que si el lenguaje pretende reflejar una realidad y además la construye, la pregunta “¿de qué manera refleja el lenguaje la realidad?, ¿que sentido tienen la noción de “reflejo” y la noción de “realidad”?”<sup>59</sup>, más allá de la posibilidad o imposibilidad lógica de plena realización de ese esfuerzo que pretendió poner en discusión el lenguaje con la lingüística de Saussure y Wittgenstein, adquiere connotación al revisar lo dicho por los teóricos de la modernidad emergente; “los hombres de estos siglos, animados por una profunda confianza en las facultades de la inteligencia humana para descubrir las leyes de la naturaleza mediante la observación y la razón, fueron poniendo en duda, poco a poco, la gran mayoría de las creencias sostenidas hasta entonces”<sup>60</sup>, pero también convirtiéndolas en nuevas verdades, saberes y poderes, como diría Foucault.

Hay nexos evidentes entre los dichos de Descartes en 1636, a los de David Hume en 1739 y 1740, los de Hobbes y el gobierno del Leviatán (1648); con los de John Locke al publicar sus “Ensayo sobre el entendimiento humano” y el “Segundo Tratado sobre el gobierno civil” (1690), o, de Rousseau en “El Contrato Social” de 1762; los principios de economía política de Adam Smith (1723-1790) y David Ricardo (1772-1823), la filosofía total de Kant y Hegel, hasta llegar a Kelsen, Hayek o Luhmann, por citar solo algunos, probablemente los más influyentes. En todos ellos, independientes de su ideología, hay una razón científica, técnica y política

---

<sup>58</sup> Lacan, Jacques, citado en Door, Joël. *Introducción a la lectura de Lacan. El inconsciente estructurado como lenguaje*. Barcelona. Editorial Gedisa S.A. 2000. Página 77.

<sup>59</sup> Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En *Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 242.

<sup>60</sup> Martínez Miguélez, Miguel. Op. cit. Página 230.

coincidente. Voy a permitirme, dado lo basto que significaría poder hacer una revisión exhaustiva de todos estos autores, citar solo algunos ejemplos muy puntuales de cada uno, resaltando ésta “conectividad” de pensamientos, exponiendo sus hablas, verdaderos links para entender la modernidad y su carácter hegemónicamente liberal.<sup>61</sup>

En una época de choque de pensamientos, entre la teología inquisitorial y la nueva ciencia liberadora y emergente, Descartes anunciaba su confianza en la razón al sostener en 1636 respecto de ésta nueva búsqueda científica de verdades, que al discernir sobre las opiniones vigentes y las que emergen, “debemos seguir las más probables; e incluso que aunque no encontremos mayor probabilidad en unas que en otras debemos, no obstante, decidirnos por algunas”<sup>62</sup>, avanzando que esas nuevas ideas avaladas por una razón de lógica propia y autónoma desligadas de la voz divina, ya que “no podía negar que las ideas no estuvieran realmente en mi pensamiento”<sup>63</sup> eran la clave de la constitución de **un nuevo sujeto** separado de la comunidad bajo la dirección de la iglesia, sumido en opiniones externas y ajenas, predicadas desde un pensamiento que no por masivo era verdadero, ya que a pesar de ser asumidas por esas mayorías “ordenadas” no era un argumento irrefutable el que “esa pluralidad de opiniones sea una prueba de algún valor para las verdades algo difíciles de descubrir, por ser mucha más verosímil que las encuentre un hombre solo que todo un pueblo”<sup>64</sup>, **un individuo** que armado de la razón, la técnica y la ciencia aplicadas, permitiese a la humanidad “convertirnos como en dueños y poseedores de la naturaleza”<sup>65</sup>.

Un siglo más tarde esa disputa, que comenzaría a decidirse en los esfuerzos revolucionarios en Inglaterra y Francia que culminaron con la “Revolución Americana

---

<sup>61</sup> Aun cuando resultaría muy interesante hacer la genealogía de la modernidad siguiendo otra línea de autores como Proudon (1809-1865), Marx (1818-1883), Stuart Mill (1806-1873), Lenin (1870-1924) o Sartre (1905-1980); lo que ciertamente escapa al alcance y sentido de éste trabajo.

<sup>62</sup> Descartes, René. *El Discurso del Método*. Madrid. Ediciones Akal S.A. 1989. Página 41.

<sup>63</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 53.

<sup>64</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 32.

<sup>65</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 79.

(1781) “y la “Revolución Francesa” (1789), David Hume publicaba su “Tratado de la Naturaleza Humana”, en que reafirmaba esas ideas y las expandía, señalándolas no ya en el frágil equilibrio de ser sometidas a que estuvo sujeto Descartes, sino afirmándolas como ideas naturales y universales. Frente a la filosofía natural y la religión existía una lógica superior conectada más estrechamente con misma la naturaleza humana, una lógica cuyo único fin es “explicar los principios y operaciones de nuestra facultad de razonamiento y la naturaleza de nuestras ideas”<sup>66</sup>, principios que debían convertirse en universales “llevando nuestros experimentos lo más lejos posible y explicando todos los efectos por las causas más reducidas y simples”<sup>67</sup>, fundándose en la experimentación y el razonamiento y no en los sentimientos o creencias, ya que resulta evidente que “Cada uno por si mismo podrá percibir fácilmente la diferencia entre sentir y pensar”<sup>68</sup>, de manera que debía buscarse las causas y efectos razonables en vez de la imaginación, causalidad que gobierna todas las leyes, las naturales y las sociales. “Podemos observar (*decía Hume*) que esto es la fuente de todas las relaciones de interés y deber por los que los hombres se influyen los unos a los otros en la sociedad y se hallan sometidos a los lazos del gobierno y la subordinación”<sup>69</sup>.

En ese orden en que los principios de semejanza e identidad borraban las diferencias dentro de su universalismo, donde las relaciones eran de espacio y tiempo, de cantidad o número y de grados de distinción entre objetos de similar cualidad, donde incluso las oposiciones obedecen a las leyes finales que gobiernan los objetos, ya que “todos los objetos diferentes son distinguibles y que todos los objetos distinguibles son separables por el pensamiento y la imaginación”<sup>70</sup> no solo el ser humano, sino la sociedad misma alcanza su carácter natural en sus relaciones, donde “Un juez es un individuo que en todos los casos en litigio puede fijar por su opinión la posesión o propiedad de algo entre los miembros de la

---

<sup>66</sup> Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana. Tomo I*. Madrid. Calpe. 1923. Página. 4.

<sup>67</sup> Hume, David. Op. cit. Página 5.

<sup>68</sup> Hume, David. Op. cit. Página 6.

<sup>69</sup> Hume, David. Op. cit. Página 11.

<sup>70</sup> Hume, David. Op. cit. Página 14.

sociedad ... (dado su carácter de autoridad) ...donde la obediencia del súbdito es un placer y una ventaja para el superior"<sup>71</sup>. Se trataba de fundar un nuevo orden que superase al antiguo régimen, era un imperativo político lógico y universal al que llamaba Hume: "Debemos buscar, ciertamente, algún sistema nuevo en éste asunto, y no existe claramente ninguno más que el que yo he propuesto"<sup>72</sup>.

La sociedad moderna (científica y jurídica) había echado sus raíces para quedarse. Las razones en la economía y el gobierno nacional e internacional y su esencia filosófica serían completadas en el mismo periodo.

Hobbes por ejemplo introduce en su "Leviatán" el concepto de contractualismo que después será seguido por Locke y Rousseau hasta incorporarse como el instrumento de intercambio privilegiado en el derecho moderno. El contractualismo no tiene sin embargo un origen democrático, y esto conviene tenerlo presente, ya que en el Leviatán lo que Hobbes elaboró fue una teoría sobre la soberanía en la que se muestra como un defensor implacable del absolutismo. Sin embargo y a pesar de ésta aparente diferencia con el liberalismo, Hobbes era ideológicamente cercano a todo éste grupo. "El universo es corpóreo. Todo lo que es real es material y lo que no es material no es real"<sup>73</sup> escribió en el Leviatán y se basaba en el método analítico-sintético que ya había sido anunciado por Descartes. A pesar de las diferencias sobre el cogito y su autonomía respecto del maquinismo aristotélico que mantuvo con el francés, la cercanía es innegable: hay un intento de construir una antropología y una teoría social originada en la razón humana y no en designios divinos, a pesar de las menciones a Dios: "La propia naturaleza nos otorga una razón que nos provee de ciertas "leyes naturales" que son como "dictados de la recta razón sobre cosas que tienen que ser hechas o evitadas para preservar nuestra vida y miembros en el mismo estado que gozamos"<sup>74</sup>. Sin embargo esa diferencia que se inclina hacia un cierto maquinismo no es casual sino el argumento

---

<sup>71</sup> Hume, David. Op. cit. Página 11.

<sup>72</sup> Hume, David. Op. cit. Página 17.

<sup>73</sup> Diez de la Cortina, Elena. *La filosofía de Thomas Hobbes*. En [www.cibernouse.com/autores/hobbes/teoria/biografia.html](http://www.cibernouse.com/autores/hobbes/teoria/biografia.html) visita 07 de Junio 2009.

<sup>74</sup> Diez de la Cortina, Elena. Op. cit.



para inventar un orden artificial que se imponga al orden natural. “El Estado es un "artificio" que surge para remediar un hipotético estado de naturaleza en el que los hombres, guiados por el instinto de supervivencia, el egoísmo y por la ley del más fuerte (la ley de la selva), se hallarían inmersos en una guerra de todos contra todos que haría imposible el establecimiento de sociedades (y una cultura) organizadas en las que reinara la paz y la armonía. Sin un Estado o autoridad fuerte sobrevendría el caos y la destrucción (la anarquía), convirtiéndose el hombre en un lobo para los otros hombres, según la célebre frase de Hobbes: "homo hominis, lupus"<sup>75</sup>. Esto permite explicar, por ejemplo, la tensión permanente en la sociedad moderna y su expresión jurídica, entre control y libertad, entre razón de estado y derechos humanos: hay una impureza antidemocrática de origen.

El argumento contractualista sufriría un giro hacia el mercantilismo con los argumentos de John Locke. Como lo resume Asier Martínez de Bringas, en el Segundo Tratado del Gobierno Civil cuatro son las ideas fuerza a considerar: “1) Locke afirma con severidad y firmeza que todos los hombres sin iguales por naturaleza; 2) existe una ley de la naturaleza que exige el respeto a la integridad física del ser humano y el absoluto respeto de sus propiedades, por tanto, no resulta admisible en un principio en el esquema lockeano la esclavitud; 3) no existen distinciones ni gradaciones entre los hombres, de donde se deriva la ilegitimidad de cualquier poder despótico; 4) Dios dio la tierra y la puso a disposición común de todos los hombres.”<sup>76</sup>. Puede apreciarse entonces, al igual que en el resto, la perspectiva dicotómica del mundo, la separación entre sociedad y naturaleza que importa toda una jerarquía de las relaciones y de la forma de apropiarse de la naturaleza y controlar a los demás. Cuando Locke une razón y naturaleza como argumento para establecer las leyes que rigen la sociedad, lo que de verdad hacía era establecer ese orden de jerarquías que permite decidir al poder a quien incluir y a quien excluir, a quien someter y que bienes y derechos defender. Contra el orden que impone, para aquel que no se someta a él, Locke declara el estado de guerra legítima y racional. “Esa clase de hombres no se somete a los lazos de la ley común

---

<sup>75</sup> Díez de la Cortina, Elena. Op. Cit.

<sup>76</sup> Martínez de Bringas, Asier. *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*. Documento de trabajo Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide.. 2005. Página 3.

de la razón ni tienen otra regla que la de la fuerza y la violencia; por ello pueden ser tratados como fieras, es decir, como criaturas peligrosas y dañinas que acabarán seguramente con nosotros, si caemos en su poder”<sup>77</sup>. A pesar de la supuesta oposición al absolutismo la argumentación de dominación de Locke se acerca peligrosamente a él. Sin embargo la explicación de toda esa racionalidad la entrega el propio texto que seguimos cuando en el apartado 124 explica el motivo de pasar de la naturaleza a un orden social como el que describe: “Por consiguiente, el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad”<sup>78</sup>. El siguiente ladrillo de la modernidad liberal estaba en su sitio.

Por su parte Rousseau se inserta en el centro mismo del proyecto iluminista al intentar unir razón, ciencia, derecho, libertad y ley, en su propio concepto del *Contrato Social*, su principal obra. De hecho el mismo inicio de esa obra es un ejemplo de su modelo de pensamiento cuando señala que

“Quiero averiguar si puede haber en el orden civil alguna regla de administración legítima y segura tomando a los hombres tal como son y las leyes tales como pueden ser. Procuraré unir siempre, en esta indagación, lo que la ley permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia **y la utilidad** (el subrayado es nuestro) no se encuentren separadas.”<sup>79</sup>.

Razón, orden, legalidad, utilidad. Sin embargo no se trata de un orden distinto al de los demás contemporáneos, sino del mismo énfasis en una libertad sometida, regulada, ordenada a los fines de la sociedad emergente: “Todo ser humano nace libre, solo que unos nacen para gobernar y otros para ser gobernados, y que los libres pierden su libertad en aras de su utilidad”<sup>80</sup>. Rousseau incorpora la voluntad ficticia del sujeto, tan cara a la soberanía jurídica, al pacto social como un

---

<sup>77</sup> Locke, John; citado por Hinkelammert, Franz en *La inversión de los Derechos Humanos. El caso de John Locke*. El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000. Página 88.

<sup>78</sup> Locke, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil, capítulo 9. Apartado 124. [www.terra.es/personal/ofernandez/tratado.html](http://www.terra.es/personal/ofernandez/tratado.html) Descargado. Visita 14 Mayo 2008.

<sup>79</sup> Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social*. [www.monografias.com/trabajos13/el\\_contr/elcontr.shtml](http://www.monografias.com/trabajos13/el_contr/elcontr.shtml) Descargado. Visita 14 Mayo 2008.

<sup>80</sup> Rousseau, Jean Jacques. Op. cit.

sometimiento voluntario. "Cada uno de nosotros pone en común su persona a todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo."<sup>81</sup> Dice en el Capítulo IV "Del Pacto Social" de su libro. Y nuevamente el fundamento de esa pérdida es el mismo de sus antecesores, la protección del bien jurídico esencial para la burguesía como clase en ascenso: la propiedad. "Lo que pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que intenta y puede alcanzar; lo que gana en él mismo es la libertad civil y la propiedad a todo lo que posee." Precisa en el capítulo VIII. Y se encarga de instaurar el nuevo gobierno civil y sus instrumentos, consolidando el planteamiento de la sociedad moderna como sociedad jurídica: "Es, pues necesario que haya contratos y leyes para unir los derechos a los deberes y conducir la justicia a su objeto."<sup>82</sup> La sociedad contractualista, construida a partir de la libertad individual y el derecho de propiedad, se consagra en la ley y entrega su desarrollo y protección al soberano común centralizador, a quién ha cedido cada individuo sus facultades.

El complemento a éste orden, que de emergente y en lucha por imponer la razón y la ciencia al régimen teologal y monárquico anterior, paso a presentarse como natural y único, o cuando menos hegemónico, fue puesto por los economistas padres del capitalismo: Adam Smith y David Ricardo.

Smith, siguiendo la perspectiva de razón y naturaleza, consideraba el capitalismo como el estadio natural de las relaciones sociales y así lo planteó en su principal texto: *Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*.

Exaltando la maravilla del orden de las naciones "civilizadas", opuestas al salvajismo lo expone de una manera que sirve de fundamento y permite entender todo el proceso de acumulación global posterior. Confrontando a la flojera y salvajismo de esas otras naciones, las a conquistar, establece que "en las naciones civilizadas y prósperas, numerosas personas no trabajan en absoluto y muchas

---

<sup>81</sup> Rousseau, Jean Jacques. Op. Cit.

<sup>82</sup> Rousseau, Jean Jacques. Op. cit. Capítulo VI. Libro Segundo.

consumen la producción de diez veces y frecuentemente cien veces más trabajo que la mayoría de los ocupados; y sin embargo, la producción del trabajo total de la sociedad es tan grande que todos están a menudo provistos con abundancia, y un trabajador, incluso de la clase más baja y pobre, si es frugal y laborioso, puede disfrutar de una cantidad de cosas necesarias y cómodas para la vida mucho mayor de la que pueda conseguir cualquier salvaje.”<sup>83</sup>. Fundaba de ésta forma, al centrarse en el trabajo asalariado y en una perspectiva de uso técnico, el capitalismo gobernado por una “mano invisible” que emana y gobierna naturalmente las relaciones entre trabajo y riqueza. “Los productores intentan obtener el máximo beneficio pero, para lograrlo, deben producir los bienes que desea la comunidad. Además, deben producirlos en las cantidades adecuadas, de lo contrario, un exceso daría lugar a un beneficio y precio bajo, mientras que una oferta demasiado pequeña originaría un aumento del precio y finalmente un aumento de la oferta.... El delicado mecanismo de la "mano invisible" entraba en juego también en el mercado de los factores de producción, asegurando la armonía siempre que los factores buscaran las rentas máximas posibles. Se producirían los bienes adecuados a los precios adecuados y el conjunto de la comunidad obtendría la máxima riqueza posible mientras rigiera la libre competencia; sin embargo, si se restringiese la libre competencia, la "mano invisible" dejaría de funcionar y la sociedad cargaría con las consecuencias”<sup>84</sup>. Pero con ello proponía no solo un orden económico, sino una antropología individualista centrada en la sumatoria de egoísmos privados. Basta dejarlo hablar al respecto: “No esperamos nuestra cena de la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero, sino del cuidado que pongan en sus propios intereses. No apelamos a su humanidad sino a su egoísmo y nunca les hablamos de nuestras necesidades sino de sus beneficios.”<sup>85</sup>. Su amistad con John Locke ayuda a entender su perspectiva y colaboración.

David Ricardo a su vez, como Smith y Malthus, inserta a éste orden económico los conceptos de precio y valor, que más tarde se recogerán en el Código

---

<sup>83</sup> Smith, Adam. *Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. [www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/smith-intro1rdn.htm](http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/smith-intro1rdn.htm) Descargado. Visita 14 Mayo 2008.

<sup>84</sup> Smith Adam. Op. cit.

<sup>85</sup> Smith Adam. Op. cit.

Civil de Napoleón, refundador de occidente, y los que de allí se originó, incorporándose como principios esenciales del contrato de compraventa y las obligaciones que de allí se deducen. “Para Ricardo el precio "normal" o, si se prefiere, el valor de una mercancía, está determinada por la cantidad de trabajo que contiene. Por tanto, el valor de una mercancía aumenta cuando aumenta la cantidad de trabajo necesaria para su fabricación y disminuye en caso contrario.”<sup>86</sup>.

Al igual que en Adam Smith aquí están las bases para la diferenciación, dicotómica como en todo este sistema de pensamiento burgués, entre capital y trabajo y la primacía del primero. “Ahora bien, el precio "natural" del trabajo, que considera una mercancía al igual que Smith, es equivalente al que proporciona al obrero los medios de subsistir y perpetuar la especie.”<sup>87</sup> Pero se establecían además los fundamentos del sistema de intercambio internacional que gobierna el comercio entre países desde entonces. “La lucha de la burguesía inglesa se centró en esta época en la abolición de las leyes del cereal que recién llegó en 1844. Pero en realidad, la lucha fue mucho más profunda que eso, pues buscó rediseñar la economía británica en función de una nueva división internacional del trabajo. Gran Bretaña - de acuerdo a Ricardo - sería un centro productor de manufacturas que cambiaría por alimentos producidos en ultramar.”<sup>88</sup>

El fundamento de cierre de toda ésta episteme en consolidación lo pusieron los filósofos Emmanuel Kant y George Friedrich Hegel, las cumbres del idealismo alemán, pero también de ésta red entretejida a lo largo de dos siglos de aparición, lucha y consolidación del nuevo régimen de la razón, el estado, el capitalismo y el individuo.

En Crítica de la Razón Pura las palabras iniciales de Kant en dicha obra no dejan lugar a dudas. Comienza diciendo que “Si la elaboración de los conocimientos pertenecientes al dominio de la razón llevan o no el camino seguro de una ciencia,

---

<sup>86</sup> David, Ricardo . Revista Proceso Económico. [www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/ricardo.htm](http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/ricardo.htm) Descargado. Visita 14 Mayo 2008.

<sup>87</sup> David, Ricardo. Revista Proceso Económico. Op. cit.

<sup>88</sup> David, Ricardo. Revista Proceso Económico. Op. cit.

es algo que pronto puede apreciarse por el resultado”<sup>89</sup> para insistir en el camino de la ciencia sosteniendo “Que la lógica ha tomado ese camino seguro desde los tiempos más antiguos es algo que puede inferirse del hecho de que no ha necesitado dar un paso atrás desde Aristóteles, salvo que se quieran considerar como correcciones la supresión de ciertas sutilezas innecesarias o la clarificación de lo expuesto, aspectos que afectan a la elegancia más que a la certeza de la ciencia”<sup>90</sup>. Kant sin embargo, manteniendo el orden dual de la lógica binaria, da un paso adelante al separar moral de naturaleza y sustentar en la primera el orden social: “tanto la doctrina de la moralidad como la de la naturaleza mantienen sus posiciones, cosa que no hubiese sido posible si la crítica no nos hubiese enseñado previamente nuestra inevitable ignorancia respecto de las cosas en sí mismas ni hubiera limitado nuestras posibilidades de conocimiento teórico a los simples fenómenos”<sup>91</sup>, pero para reafirmar el reino de la razón y sus consecuencias. “Repárese simplemente en la cultura de la razón avanzando sobre el camino seguro de la ciencia en general en comparación con su gratuito andar a tientas y con su irreflexivo vagabundeo cuando prescinde de la crítica”<sup>92</sup> escribía, buscando ciertamente radicalizar el sistema de pensamiento de la lógica moderna.

EL orden que propone no se basa ya en experiencias o costumbres, ni siquiera tradiciones filosóficas o morales, sino en una moral universal y uniformante, a pesar de su libertad aparente, surgida desde la lógica absoluta, ordenada en la formalidad también lógica y justificada y articulada y aprobada en torno a esas mismas deducciones lógicas. Como bien lo describe Hopenhayn, “Kant quiere vaciar de contenido las proposiciones de la moral y restringirla a un único mandato universal de validez para todos, y cuya formulación sea tan formal que permita aplicarse universalmente. Solo por ésta motivación puede entenderse la tremenda generalidad en que se resume su imperativo moral: “obra de tal modo que la máxima de voluntad pueda convertirse en ley universal”... La pura forma en la moral kantiana

---

<sup>89</sup> Kant, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Taurus. México. 2006. Página 15.

<sup>90</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 15.

<sup>91</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 27.

<sup>92</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 27.

fundamenta su validez universal al “limpiar” la voluntad de todo prejuicio, interés y contingencia personal”<sup>93</sup>.

De allí emanará no solo un orden filosófico más complejo en lo moral y científico que él hasta entonces conocido, sino además mucho más preciso también respecto de la forma de cómo organizar el sentido de funcionamiento de lo social. La exposición que hace Kant de la moral autónoma y heterónoma y las conductas que de allí se esperan, tendrá incidencia directa en la organización del capitalismo como sistema económico que requiere se le deje actuar y un sistema jurídico creador de normas heterónomas que resguarden ese sistema, limitando la intervención de lo público y dejando horizontes abiertos a la iniciativa privada.

Será Hegel quien va a perfilar mucho más claramente la opción moderna del Estado, el derecho y la iniciativa individual y privada como ejes de un sistema ya, en su tiempo, consolidado, pero en disputa con sus propios fantasmas, Marx dixit.

Por más que incluso parezca lo contrario, ante las constantes menciones del espíritu supremo que efectúa, Hegel con su filosofía establece un cierre aún más lógicamente perfecto al modelo que nos ocupa, con un pensamiento de aplicación práctica directa. Y tendrá especial incidencia en la ocupación de dos espacios estratégicos muy prácticos y decisivos: la lucha ideológica y el orden jurídico burgués traspasado al Código Civil.

En el primero de los campos al instaurar la dialéctica como método lógico de construcción de pensamiento y realidad, le otorgó a la modernidad una característica propia, el que la contradicción fuese parte de su propio interior y no una posibilidad de deriva y cambio. Ya volveré mas tarde a referirme al carácter crítico y contradictorio de la modernidad. Sin embargo, basta leer las expresiones que el autor usa para ubicarlo en el corazón del paradigma moderno que hasta aquí hemos descrito: "Llamo dialéctica al principio motor del concepto, que disuelve pero también produce las particularidades de lo universal. (...) La más elevada dialéctica del

---

<sup>93</sup> Hopenhayn, Martín. *Después del nihilismo de nietzsche a Foucault*. Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello. 1997. Página 106.

concepto consiste en no considerar la determinación meramente como límite y opuesto, sino en producir a partir de ella el contenido positivo y el resultado, único procedimiento mediante el cual la dialéctica es desarrollo y progreso inmanente. No es por lo tanto la acción exterior de un pensar subjetivo, sino el alma propia del contenido lo que hace crecer orgánicamente sus ramas y sus frutos”<sup>94</sup>.

Es en el campo de la Filosofía del Derecho (1821) donde introduce los elementos que vienen a complementar el carácter jurídico y mercantil de la sociedad moderna como proyecto. Para Hegel el papel de la libertad, en tanto principio de autodeterminación es esencial, ya que el papel que se confiere al estado y a las leyes es el de guardianes de esa ética. “Esta idea de la libertad, constituye un papel fundamental en el desarrollo del derecho individual, y el hombre, como sustancia ética de la sociedad civil, solo desarrolla todo su devenir, en base a la libertad.”<sup>95</sup> Pero esa libertad no es cualquiera, sino la autonomía de la voluntad que es el motor de la plena libertad en la sociedad civil para la realización de las actividades. “El campo del derecho es, en general, el campo de la espiritualidad, y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre. Puesto que para Hegel, el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada en el mundo del espíritu, voluntad y libertad, serán los dos conceptos fundamentales del desarrollo de la ciencia del derecho, como ciencia del desarrollo de los ideales del estado y de cada uno de sus habitantes en particular.”<sup>96</sup>

Pero hay un paso más central para comprender el por qué el derecho moderno ha adquirido un carácter liberal no solo en lo económico, sino también en lo conceptual. Además de la libertad y del Estado, el ente llamado a ocupar esos espacios en su propio beneficio es la parte central del andamiaje moderno, el sujeto no como actor sino como sustancia. “Esta expresión significa que las cosas, cuya realidad se halla contenida íntegramente en los conceptos (idealismo), evolucionan constantemente por el juego de las negaciones y oposiciones, por lo cual hay que concebir las cosas (y los conceptos) como seres con vida propia. El despliegue de

---

<sup>94</sup> Hegel Frederich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 109.

<sup>95</sup> Romero Ayala, Salvador. [www.monografias.com/trabajos14/hegel/hegel.shtml](http://www.monografias.com/trabajos14/hegel/hegel.shtml) 17 de Mayo de 2008.

<sup>96</sup> Romero Ayala, Salvador. Op. cit.



esta vida o evolución de las cosas es lo mismo que el desarrollo de sus respectivos conceptos. Por tanto, los conceptos tienen vida real y la comprensión de esa vida o evolución es la tarea de la razón por medio de la lógica. Racionalidad y realidad, lógica e historia se confunden. La sustancia, que es el sustrato y objeto de los cambios y del conocimiento de esos cambios, es al mismo tiempo sujeto, o sea, es el agente que realiza los cambios y el sujeto que los conoce.”<sup>97</sup>

La filosofía es para Hegel no una abstracción, no un mero razonamiento oponible al empirismo o a la moral religiosa o kantiana, sino ante todo un campo de lucha de un carácter práctico innegable en pos de los fundamentos que defiende. Una vez más dejemos al propio autor hablar: “nada puede ser más aplicable a la realidad efectiva y nada se justifica más ante el modo universal de representación, es decir, de lo auténticamente universal..., que lo que proviene de la filosofía”<sup>98</sup>.

Situados entonces en esa línea progresiva de la modernidad, que va desde el posicionamiento de la razón lógica por sobre la razón teológica, hasta el liberalismo económico, filosófico, político y jurídico del contractualismo y el derecho privado, podemos hacer el salto hasta Hans Kelsen o Friedrich Von Hayek, para entender que hay de común en éste paradigma.

Si uno considera que el modelo de ciencia empiricista y deducccionista están en el corazón de la producción de verdad aceptada en la modernidad, puede llegar a entender el papel que ha jugado el positivismo en ese desarrollo y el porqué el positivismo jurídico logró hegemonizar en el campo del derecho, contribuyendo a ocultar aún más las experiencias sociales en la subsunción a la norma. Si el positivismo, en tanto empiricismo máximo y reducción de la realidad a leyes universales y excluyentes de todo otro sentido no científico fue el pensamiento central de la segunda mitad del siglo diecinueve, el nexo queda completo, más aún cuando de Augusto Comte puede leerse que “toda proporción que no pueda,

---

<sup>97</sup> López Hernández, José. *La actualidad de la Filosofía del derecho de Hegel*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1. [www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html](http://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html) 17 Mayo 2008.

<sup>98</sup> Hegel, Friedrich. *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural*. Citado por López Hernández José. *La actualidad de la Filosofía del derecho de Hegel*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1. [www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html](http://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html) 17 Mayo 2008.

finalmente reducirse a un hecho particular o ley general, debe considerarse ininteligible"<sup>99</sup>.

Así es posible citar a Kelsen y comprender como más allá de sus posiciones socialdemócratas o sus querellas con Karl Schmidh su pensamiento termina siendo linealmente coincidente con el paradigma moderno y funcional al mismo. En efecto, cuando postulaba que “Una ciencia del derecho o una ética científica solo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada”<sup>100</sup> no hacía sino inscribirse en la idea que solo la ciencia objetiva y abstractas podían dar cuenta de la verdad, y que los individuos debían entenderse con ella, para lo cual se requería la creación de una modalidad objetiva del derecho que fuera coincidente con esa tradición epistemológica. Consciente de las diferencias entre los *objetos humanos* y los de conocimiento de las demás ciencias, sustituye la causalidad por la imputación, que no es otra cosa que un causalismo restringido y limitado: “La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene.”<sup>101</sup>.

Sin embargo los principios paradigmáticos que hemos descritos están allí, presentes y obrantes. Frente a la razón el mundo está allá fuera y es preciso conocerlo y apropiarlo, o imputarlo. “Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto”<sup>102</sup> diría Kelsen, ya que solo así es posible enfrentarse lógicamente al mundo y darle funcionalidad científica a las normas jurídicas que “expresan la significación de ciertos hechos y éstos son

---

<sup>99</sup> Comte, Augusto. Citado por Cifuentes Díaz, Ignacio y Galeano Camacho Sandra en *Cuestiones Fundamentales de Filosofía, Epistemología e Historia de la Ciencia*. [www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-nacho01.htm](http://www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-nacho01.htm) 17 de Mayo de 2008.

<sup>100</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho*. Buenos Aires. Eudeba. 1999. Página. 21.

<sup>101</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 26.

<sup>102</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 33.

determinados a su vez por otras normas jurídicas”.<sup>103</sup>. Así como la razón y la filosofía no dejaban lugar a dudas respecto de su comprensión “objetiva” del mundo y marcaban el único camino posible y “lógico” a seguir el derecho es a su vez instrumento social esencial de esa tarea y contiene la misma singularidad de universalidad, efectividad técnica y completud. La legitimidad formal de Kelsen fluye directamente de la moral formal de Kant, en tanto pretensión ontológica y axiológica; la obligatoriedad de la imputación permite el funcionamiento “objetivo” de las sociedad y el desenvolvimiento de las conductas con prescindencia de las morales particulares de los sujetos; la característica de que “un orden jurídico no puede tener lagunas”<sup>104</sup> satisface la máxima de totalidad de la razón.

Pero además, ese orden es, no sólo coherente y continuador del movimiento lineal del péndulo moderno, sino funcional al modelo de liberalismo social, político y económico que fue trazado por sus antecesores. Consciente o inconscientemente, cuando Kelsen señala que “Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho”<sup>105</sup>, estaba repitiendo la supremacía del derecho privado y el mercantilismo antes “formateado” por Hegel. Cuando expresaba que “Los únicos juicios de valor de la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica”<sup>106</sup> estaba revalidando la imposición universalista y uniformante de Kant, que prescinde de toda diferencia y toda particularidad.

Cuando reduce la sanción al incumplimiento de una obligación a la contravención de una imputación ratifica la forma jurídica del capital y su reproducción por la formalización de las diferencias entre sus actores que planteaba Adam Smith. Al reducir el derecho a una “ciencia” que “No se ocupa en un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica”<sup>107</sup> colabora al

---

<sup>103</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Obra citada. Página 35.

<sup>104</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 37.

<sup>105</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 36.

<sup>106</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 46.

<sup>107</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 83.

falseamiento de las relaciones sociales y a la pérdida del bien jurídico de la libertad en el de la voluntad de la posesión protegida por los ordenamientos jurídicos reales. Con el monismo jurídico elevó el Estado al carácter de sujeto absoluto que somete y despersonaliza a los otros sujetos, ya que acaba siendo el único sujeto formal con esencia propia, como había querido Hegel, dejando el resto del campo a los únicos otros sujetos reconocidos y articulables en la esfera de la voluntad jurídica institucionalizada, el individuo propietario. Con la extensión de sus principios al derecho internacional y a la insuficiencia de éste por falta de coercibilidad, se sumaba al campo libre de la guerra justa lockeana ejercida por los intereses de aquellos que pueden desarrollar; si “las normas jurídicas, está formada por dos elementos constitutivos y, por consiguiente, indefectibles: el sujeto a quien se dirige la norma, o sea el destinatario, y el objeto de la prescripción, o sea de la acción prescrita”<sup>108</sup>, ante la falta de sujetos reconocidos formalmente en un orden incompleto y por lo tanto no científico ni validable “razonablemente”, en éste no derecho para las relaciones internacionales todo derecho en tanto pretensión particular desaparece y los intereses con capacidad para imponer imputación al resto se hacen totales y globales, como lo ha demostrado el neoliberalismo económico y el neo-imperialismo post guerra fría de los Estados Unidos de Norteamérica.

Solo dos ejemplos más para establecer el linaje del paradigma moderno que constituye la promesa a evaluar.

Primero citemos al economista y filósofo austriaco Friedrich August Von Hayek quién sostiene que

“Una sociedad libre requiere de ciertas morales que en última instancia se reducen al mantenimiento de vidas: no al mantenimiento de todas las vidas por que podría ser necesario sacrificar vidas individuales para preservar un número mayor de otras vidas. Por lo tanto las únicas reglas morales son las que llevan al cálculo de vida: la propiedad y el contrato”<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid. Editorial Debate S.A. 1999. Página 142.

<sup>109</sup> Hayek, Friedrich Von; c Citado por por Hinkelammert, Franz en *La inversión de los Derechos Humanos. El caso de John Locke*. El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000. Página 107.

Segundo, el sociólogo con estudios de derecho, Niklas Luhmann, quien - nuevamente ampliando el uso de la razón lógica como impulso de voluntad para la construcción de sociedad - , señala que

“por sistema no entendemos un particular tipo de objetos sino una particular distinción: a saber, la distinción entre sistemas y entorno”<sup>110</sup> y que en la operatividad de esos sistemas, el cierre del sistema “excluye tanto a los seres humanos como a los países del sistema de la sociedad... ellos no se encuentran en la sociedad, sino en su entorno”<sup>111</sup>.

Así, si se tuviese que resumir ésta construcción paradigmática, atendiendo a su punto de origen y a su llamamiento al futuro como lugar de concreción de sus discursos, podríamos decir que razón, ciencia, sujeto, posesión y derecho son el contenido de esa promesa moderna. De aquí que parece necesario revisar cual era ésta, hasta qué punto ha cumplido con su empeño y cuáles son sus resultados.

Mirar la modernidad desde la genealogía propuesta, a pesar de las contradicciones que parece existir entre los autores, esto es desde la metáfora de la promesa como suspenso al futuro no es casual, ya que tal como dijimos ambos son rasgos esenciales en su conformación. Hegel comprendió muy bien esa características al pensar en la dialéctica tanto como forma de construcción de su proyecto como al constituirla en una forma de disolución de la crítica y los conflictos. “La modernidad comienza como una crítica de la religión, la filosofía, la moral, el derecho, la historia, la economía y la política. La crítica es su rasgo distintivo, su señal de nacimiento. Todo lo que ha sido la Edad Moderna ha sido obra de la crítica, entendida ésta como un método de investigación, creación y acción. Los conceptos e ideas cardinales de la Edad Moderna –progreso, evolución, revolución, libertad, democracia, ciencia, técnica, nacieron de la crítica”<sup>112</sup>, por lo que revisar el periodo desde esa óptica metodológica la razón en tanto crítica es la forma de descubrir sus promesas y al servicio de que fueron puestas. Pero analizarla en tanto promesa de

---

<sup>110</sup> Luhmann, Niklas. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Madrid. Editorial Trotta. 1998. Página 54.

<sup>111</sup> Luhmann, Niklas. Op. cit. Página 55.

<sup>112</sup> Paz, Octavio. *La otra voz. Poesía y fin de siglo*. Barcelona. Editorial Seix barral S.A. 1990. Página 32.

un futuro a resolver es también indispensable. “Cada época se identifica con una visión del tiempo y en la nuestra la presencia constante de las utopías revolucionarias delata el lugar privilegiado que tiene el futuro para nosotros”<sup>113</sup> y que ha significado un olvido de las necesidades imperiosas de los presentes concretos.

Si se revisa esta historia de la modernidad no ya desde los discursos que la formatearon sino desde la historia de las aplicaciones prácticas de ésta, podemos observar no solo la coincidencia de los procesos, sino como en esas “ejecuciones del programa”, sus actores depositaron su confianza en la ciencia y en la técnica como medios/fines para alcanzar un futuro lleno de esplendor, en que la ejecución racional de los procesos lograría sociedades totales y perfectas de felicidad humana, liberando al fin al hombre de las inseguridades frente a los despotismos de los monarcas, la naturaleza y los caprichos divinos. Si hasta entonces la naturaleza y el poder, la economía y las guerras habían sido destinos bárbaros para el avance de la prehistoria a la civilización, la superación de las épocas oscuras a través de la razón y sus productos iba a permitir un buen gobierno, la dominación y apropiación de la naturaleza, el control de la inseguridad y la conquista de la vida y el mundo. Y si bien es cierto que la ciencia y la técnica trajeron un avance impresionante en nuevos medios de comunicación, producción, relacionamiento, intervención en los sujetos y en las comunidades, la promesa de conquista del futuro no ha sido tal. “Los beneficios que esperamos están estrechamente unidos a sus efectos nefastos o a sus contra efectos perversos”<sup>114</sup>.

Tal como sostiene Boaventura de Sousa Santos,

“La promesa de la dominación de la naturaleza y de su uso para el beneficio común de la humanidad, condujo a una explotación excesiva y despreocupada de los recursos naturales, a la catástrofe ecológica, a la amenaza nuclear, a la destrucción de la capa de ozono, y a la emergencia de la biotecnología, de la ingeniería genética y de la consiguiente conversión del cuerpo humano en una mercancía última. La promesa de una paz perpetua, basada en el comercio, en la racionalización científica de los procesos de decisión y de las instituciones,

---

<sup>113</sup> Paz, Octavio. Op. cit. Página 34.

<sup>114</sup> Baudrillard, Jean. *El Intercambio Imposible*. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.). Madrid. 2000. Pagina 37.

condujo al desarrollo tecnológico de la guerra y al aumento sin precedentes de su poder destructivo. La promesa de una sociedad más justa y libre, sustentada en la creación de riqueza fue hecha posible por la conversión de la ciencia en fuerza productiva, condujo a la expoliación del llamado Tercer Mundo y a un abismo cada vez mayor entre el Norte y el Sur. En el siglo XX murió más gente de hambre que en cualquiera de los siglos anteriores, e, incluso en los países más desarrollados, continúa subiendo el índice de los socialmente excluidos, aquellos que viven por debajo del nivel de pobreza (el llamado “Tercer Mundo Interior”).<sup>115</sup>

La pregunta es por qué esa razón liberadora y constituyente, la ciencia que de ella surge, el sujeto llamado a producir y dirigir ese proceso, así como el tipo de sociedades que de allí resultaron, no han permitido cerrar el círculo de la promesa moderna, a pesar de los saltos cada vez más exponenciales de la tecnología y su razón. La respuesta se encuentra en sus propias falencias estructurales que al parcelar y separar lo humano en razón y emoción, en ciencia y naturaleza, en verdad y mentira ocultó bajo su égida la diversidad de la potencialidad humana, falseando su propio destino al querer ignorar el hemisferio derecho del cerebro lo que el izquierdo hacía.

Al revisar lo que se postuló debía ser la ciencia, desde el New Organon de Bacon y el Discurso del Método de Descartes, puede trazarse claramente el perfil de éste método científico que acaba funcionalizando(se) y fusionándose con los proyectos políticos económicos de la modernidad<sup>116</sup>, conformando una cultura de la cientificidad como de la verdad y de la eficiencia como el fin de uso y cambio de la naturaleza y el propio ser humano. “A nivel de la cultura dominante, se supone que debemos creer que el conocimiento científico es el único conocimiento real o que vale la pena; que el conocimiento análogo es no-existente o inferior; y que hecho y valor no tienen nada que ver entre sí.”<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Pagina 60.

<sup>116</sup> Al respecto, Richard Sennet en su libro “*El declive del hombre público*” (Barcelona. Ediciones Península. 2002) hace un excelente análisis del surgimiento y desarrollo de las ciudades de las urbes modernas y como en ellas la tecnologización de las funciones fue incidiendo y asumiendo el papel de agente de desarrollo de las economías urbanas, no solo en el desarrollo industrial, sino desde aquellos aspectos mercantiles que moldearon la cotidianeidad. Al respecto expresa por ejemplo, refiriéndose a los cambios en el mercado urbano del siglo XVIII que “Cuando la economía y las modalidades de crédito se expandieron, la contabilidad y la inversión se volvieron más racionalizadas y los negocios se llevaron a cabo en oficinas y almacenes y sobre una base crecientemente impersonal”. (Páginas 50-51).

<sup>117</sup> Berman, Morris. *El reencantamiento del mundo*. Santiago. Editorial Cuatro Vientos. 1999. Página 230.

Así, desde los cuatro pasos para el conocimiento del pensamiento cartesiano, hasta el positivismo des-subjetivizado del positivismo o el funcionalismo sistémico, en que se enfatiza la objetividad en la separación razón-emoción, hombre-mundo y sujeto-objeto, se conforma el modelo científico de la razón moderna en que merece la pena detenerse un momento.

El siguiente esquema-resumen planteado por Morris Berman en su libro *El Reencantamiento del Mundo* parece un buen resumen del mismo<sup>118</sup>:

Tabla 1. Visión del mundo de la ciencia moderna.

No hay relación entre hecho y valor.	
La naturaleza se conoce desde afuera, y los fenómenos se examinan en abstracción de su contexto (el experimento).	
El objetivo es el control consciente, empírico de la naturaleza.	
Las descripciones son abstractas, matemáticas, únicamente aquello que puede ser medido es real.	
La Mente es algo separado del cuerpo; el sujeto es algo separado del objeto.	
El tiempo es lineal, en una progresión infinita; en principio podemos llegar a conocer toda la realidad.	
La lógica es esto/aquello; las emociones son epifenoménicas.	
Atomismo:	
1.	Únicamente la materia y el movimiento son reales.
2.	El todo es nada más que la suma de sus partes.
3.	Los sistemas vivientes son en principio reducibles a materia inorgánica; a final de cuentas la naturaleza está muerta.

Se creó en éste proyecto una verdadera práctica de la fragmentación y el desapego, estableciéndose “un dualismo absoluto entre la mente (res cogitans) y la materia (res extensa), que condujo a la creencia según el cual el mundo material puede ser descrito objetivamente sin referencia alguna al sujeto observador”<sup>119</sup>, de manera que la ciencia no se encuentra en el mundo sino fuera de ella para

<sup>118</sup> Berman Morris. Op. cit. Página 236.

<sup>119</sup> Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 231.



descubrirlo y expresarlo; el sujeto es un aséptico observador y constructor en un mundo que no habita como parte del mismo pero del cual dispone, posee, usa y somete a transacción; la realidad es reducida a la abstracción y a la comprensión unilineal de los fenómenos, “que confía ciegamente en la interpretación del mundo derivada de relaciones de causalidad y más aún de relaciones mono causales, de las cuales deriva el concepto de eficiencia”<sup>120</sup> sin importar los costos colaterales, que en realidad son parte de un mismo proceso holísticamente activado y conectado. Una tecnología que se centra en su desarrollo autopiético antes que en los destinatarios; una epistemología que opta por la erudición de los lenguajes cerrados y optimiza las discusiones especializadas desconociendo los saberes no oficiales; un forma de economía que considera que todo lo que obstaculiza su progresión de crecimiento es una externalidad a remover; un tipo de política profesionalizada hasta la exclusión de los votantes representados; un derecho centrado en la aplicación formal de la normatividad y no en los sujetos de derecho y sus necesidades; una lógica de la alienación que divide al sujeto entre el discurso de la objetividad y la vivencia de la subjetividad.

“La ciencia tradicional o positivista ha intentado colocar a la ciencia y por lo tanto al conocimiento fuera de la historia, de la cultura y del lenguaje”<sup>121</sup> y ha obtenido un descentramiento del ser humano y una exclusión de sus campos de conocimiento y acción de todo aquello que, por ser considerado no abstraíble ni cuantificable, opera como entorno a ser intervenido con posterioridad. El aislamiento de los polos de lo técnico y lo ético, de lo moral y experiencial más allá de la técnica, de la naturaleza y el entorno bio-socio-diverso de los costos económicamente proyectables, representa una duda en la ecuación moderna que todo el avance científico no logra cerrar, una gestalt permanente y reiteradamente incompleta, que acumula costes y efectos no considerados por la lógica del crecimiento y la acumulación. “La ciencia moderna existe en un equilibrio delicado: entre la ignorancia relativa del objeto del conocimiento y la ignorancia relativa de las

---

<sup>120</sup> Elizalde, Antonio. *Desarrollo Humano y Ética para la sustentabilidad*. Santiago. PNUMA- Universidad Bolivariana. 2003. Pagina 148.

<sup>121</sup> Inayatullah, Sohail. *Repensando la Ciencia. La reconstrucción de la ciencia y de la sociedad* En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, N° 3. Santiago. Universidad Bolivariana. 2002. Página 469.

condiciones del conocimiento que pueden obtenerse del mismo”<sup>122</sup> y es un vacío que, al traducirlo a la práctica parece imposible de llenar dentro de sus propios límites.

A la luz de las promesas de la razón, de la elevación de la ciencia y la verdad técnicamente argumentada como bastiones absolutos del progreso, como claves y llaves del desarrollo unidireccional humano, que deberían bastar por sí mismas para dar con las respuestas necesarias a los problemas de la humanidad, si no se recurre a las “subjetividades” de la política y la voluntad de regulación y control de sujetos concretos simplemente no existe explicación para los problemas de pobreza global, inseguridad ciudadana, social y ecosistémica, amenaza militarizada y financiera sobre los eslabones débiles o irreductibles del sistema mundo. A menos que esa promesa de la modernidad como futuro esplendor haya sido falsa, o falseada. Habría entonces que preguntarse seriamente si el programa de conquista del mundo, de apropiación de la naturaleza, de asalto al futuro que propiciaba la razón moderna, correspondía efectivamente a lo que se deseaba obtener, y si sus efectos no deseados y las desviaciones fácticas son eso, efectos no contemplados en el programa original, desviaciones o mutaciones defectuosas; o si por el contrario, se trata de degeneraciones incoadas en su propio ADN. En ambos casos la respuesta es frustrante y obliga a plantearse alternativas más allá de la lógica binaria cerrada de la modernidad materialista.

Sin embargo, es preciso incorporar otros dos elementos al momento de analizar adecuadamente la trama de desarrollo y construcción de alternativas a éste paradigma de la fragmentación y la exclusión. Incorporar al análisis las nociones de sujeto y subjetividad y por otro el concepto del derecho, ya que la sociedad moderna ha sido, sobre el telón de fondo de su paradigma, una sociedad jurídica de sujeto abstraído, alienado y separado de su entorno.

No obstante la centralidad del concepto en la retórica moderna, que se encuentra en cada giro de los discursos de pretensión técnica, la omnipresente

---

<sup>122</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 91.

noción del sujeto acaba siendo siempre parcial, limitada por la perspectiva y los márgenes también parciales de cada disciplina. La razón fragmentada de la ciencia moderna “consagró al hombre como sujeto epistémico pero lo expulsó en tanto que sujeto empírico”<sup>123</sup>, construyendo una abstracción de pensamiento y de acción disociada sobre los objetos. Por decirlo en un juego de palabras, al centrar la actitud epistemológica y experiencial racionalmente validada en el ***pienso luego existo***, disoció en el sujeto de él ***siento luego existo***, provocando no solo la fragmentación epistemológica, sino que, reforzando la tradición de separación de cuerpo y espíritu impulsada por el cristianismo, construida a la larga como una verdadera maquinaria de poder inquisitiva y dogmática, tradujo la confluencia entre esa tradición religiosa, que imputaba el deber de abandonar lo corporal, y el pensamiento racionalista, que aspiraba a apropiarse de la razón por la ciencia y no la teología, en una restricción de la prácticas científicas, jurídicas y sociales. Esta soberanía del sujeto es de alguna forma una reducción de éste, una reducción de la subjetividad solo al conocimiento analítico.

Si se considera que además de ciencia y técnica se ha señalado que el actor del paradigma es el sujeto, una cierta construcción de él, y que en términos generales el sujeto moderno es identidad y subjetividad articuladas, para avanzar en ésta determinación del proceso que nos hemos propuesto como marco de inicio, hay que detenerse en el punto de la subjetividad. “Subjetividad es aquella trama de percepciones, aspiraciones, memorias, saberes y sentimientos que nos impulsa y nos da una orientación para actuar en el mundo. Subjetividad social es esa misma trama cuando es compartida por un colectivo. Ella le permite construir sus relaciones, percibirse como un nosotros y actuar colectivamente. La subjetividad es parte de la cultura, pero es aquella parte que es inseparable de las personas concretas”<sup>124</sup>. En consecuencia, si es aquello que nos pone en contacto de acción con el mundo, parece simplemente imposible prescindir de ella.

---

<sup>123</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. cit. Página 90.

<sup>124</sup> Güell, Pedro. *Subjetividad social: desafío para el nuevo siglo*. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, Nº 2. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001. Página 112.

Desde la descripción del método cartesiano y su cogito, sin embargo, hay una reducción de esa subjetividad a una orientación de saber abstracto que en definitiva priva a la subjetividad de una plenitud de comprensión vivencial, hasta reducirla y expulsarla fuera de la comunicabilidad perfecta, completa y prescindente de actores potentes de la teoría sistémica más dura. Hay a la vez que una elevación del sujeto de su sitio en el proceso de cognición del universo, una reducción precisa a un objetivo de construcción antropológica imbricada con el desarrollo del modo de producción moderno expresado sobre todo, aunque no exclusivamente, en las formas capitalistas de acumulación. Sujeto, conocimiento, ciencia y aplicación técnica finalmente puesta al servicio de una forma de disponer del mundo. Como señala Richard Sennett, en la actividad científica “La plausibilidad empírica es una cuestión de demostración de las conexiones lógicas entre fenómenos que pueden ser concretamente descritos”<sup>125</sup>, la en ellas verdadera situación de los sujetos en relación consigo mismo y los otros, más allá de esas conexiones lógicas, carece de importancia en aquellas esferas no reductibles a lo lógico, de manera que todo lo que no es la actividad racional puede y debe ser excluido de la convivencia acertada. De allí que la teoría sistémica que, en la era global dirige la producción y disponibilidad de lo real al servicio de la maximización económica por sobre todo otro valor, reasumiendo la tradición más enfáticamente pura de la ortodoxia científica pueda expulsar al entorno de lo social a todas aquellas esferas no reductibles a la conexión lógica del lenguaje y la comunicación, expulsando el propio sujeto de su concreción integral fuera de la lógica discursiva y conectable que determina la sociedad.

Despojado de aquella parte “subjetiva” de su subjetividad, reducido a interacciones objetivas y desapegadas de sí mismo, de los otros y de su entorno bio-psico-social, el concepto de sujeto moderno es parcial y, por contradictorio que parezca, desubjetivado, constituyéndose en un obstáculo para observar, analizar, relacionar y solucionar problemas fuera de los marcos estrictos de la técnica y la disciplina particular de enfoque. Esta ceguera, parcial y auto provocada, permite explicar, aunque solo parcialmente, la verdadera contradicción entre el avance de la

---

<sup>125</sup> Sennet, Richard. *El declive del hombre público*. Barcelona. Ediciones Península. 2002. Página 106.

técnica y su separación cada vez mayor de las necesidades humanas y su solución equitativa para todos.

La otra explicación es política, pero requiere referirse a su forma de construcción como relación puramente formal, el derecho, y a la formación de la sociedad jurídica que regula los intercambios entre los sujetos de derecho como intercambistas, a la vez que los propone como ciudadanos esencialmente destinados al consumo y siempre mediados en sus expectativas por/para sus representantes y despojados de su carácter constituyente.

### **Matriz paradigmática, modelo científico y organización jurídica.**

Porque el derecho ha sido la forma de la política del liberalismo y porque desde éste instrumento de poder se definieron las posibilidades de intercambio social y el instrumento de ejecución, analizar su materialización técnica, que se contiene en su entramado normativo pero sobre todo en la lógica contractual como vía de relacionamiento del todo y sus partes es imprescindible para éste análisis. Esencialmente por dos razones: primero porque desde allí se ha levantado a su vez, en forma paralela y no hegemónica, un discurso de dignidad de carácter político asociado a los derechos humanos; y segundo, porque desde allí pretendemos construir instrumentos de resolución de conflictos y de interrelación social diferentes a la judicialización y al contrato. Por eso es que parece necesario retomar y avanzar desde ya algunas cuestiones sobre este carácter formal del sujeto desubjetivado.

En el derecho, la noción del Sujeto ocupa también un lugar central, describiéndosele como el gran articulador de toda la trama jurídica, depositario de las facultades que se proponen en la institucionalidad, ocupante del espacio abierto dejado para la voluntad subjetiva, destinatario de las normas, fines y funciones del derecho. Sin embargo, un análisis más profundo deja al descubierto nuevamente la restricción del sujeto a las abstracciones de la ciudadanía formal, a su papel de objeto de la institucionalidad y su carácter de articulador solo en cuanto favorece el intercambio contractual.

Durante la modernidad el papel del derecho ha sido central; basta recordar destellos de momentos históricos para darse cuenta de ello: la Revolución Francesa se consolidó ideológicamente con la Carta de derechos del Hombre y del Ciudadano, el ascenso de Napoleón y la constitución del estado central está ligado a la historia del Código Civil; la elevación del Estado como totalidad, concepto central del idealismo alemán tiene presente a la Filosofía del Derecho de Hegel, la absolutización de la ciencia como discurso de verdad su correlato en la hegemonía continental del positivismo kelseniano, el empate táctico del capital y el trabajo en el Estado de Bienestar, la disolución del sujeto sistémico en la destrucción del orden jurídico estatal y la globalización en la *lex mercatoria* del derecho de las transnacionales.

Tal como señalamos, todo ese desarrollo es parte de la tradición epistemológica y paradigmática de la modernidad y han marcado su devenir y los encubrimientos del proyecto ideológico que en verdad se alojaba en su interior. Confundido el derecho moderno en su origen con la irrupción de la burguesía y la derrota del absolutismo, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano puso en escena la carta de principios política de esa burguesía, pero también el lado optimista del derecho, ocultando las pérdidas del ejercicio, como proyecto de futuro y posibilidad de alcanzar la felicidad a través de él, lo que resulta absolutamente coincidente con la promesa de bienestar moderna. “La idea moderna sobre los derechos humanos proviene de una oposición entre naturaleza y cultura”<sup>126</sup>, en que la violación de sus derechos que le pertenecen naturalmente le facultan para obtener una modificación de la situación que debiera constituirse en un orden que en definitiva, liberándolo, le permita ser feliz. “La noción de que los seres humanos tienen derecho a ser felices es una idea particularmente moderna, occidental”<sup>127</sup> y refleja ese lado optimista, que sin embargo se verá subsumido, o mejor dicho sometido y disuelto, en la noción de control social que ese mismo derecho construyó. Dos almas para un solo proyecto. Una ecuación difícil de resolver, ya que

---

<sup>126</sup> Sennet, Richard. Op. cit. Página 206.

<sup>127</sup> Sennet, Richard. Op. cit. Página 207.

éste verdadero *instrumento de ingeniería social* a que estaba llamado a convertirse el derecho encierra una aporía y una tensión no resuelta. Como bien lo expresa Boaventura de Sousa Santos, “la complejidad del paradigma de la modernidad reside en el hecho de que el derecho sea, potencial y simultáneamente, voluntad del soberano, manifestación de consentimiento y auto-prescripción”<sup>128</sup>, de manera que se habla en nombre de la libertad en tanto se construye una estructura destinada a la regulación y al control.

Resulta necesario por ello revisar brevemente esa relación entre derecho, modernidad, orden, racionalismo y liberalismos que, debiendo haber potenciado al sujeto como actor, termina coartándolo y recluyéndolo a su definición formal.

El derecho que conocemos y que es a su vez origen, parte y resultado del proceso de desarrollo moderno, ha cumplido con tres macro funciones que determinan el carácter de éste derecho formal, normativo, institucionalizado y liberal:

- a) ser un instrumento de vinculación entre sujetos, con instrumentos que determinan una cierta forma de intercambio y una cierta restricción de otros;
- b) ser una fuente de definiciones simbólicas, que actúa como forma de vehicular contenidos ideológicos, definiendo el tipo y rol de sujetos y la prefiguración y conformación del tipo de sociedad buscada; y finalmente
- c) ser una estructura de producción de orden, sentido y reordenamiento de los elementos que lo mantenga y perpetúe.

Voy a usar una gráfica que permita representarlo para explicar e punto:

---

<sup>128</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 155.

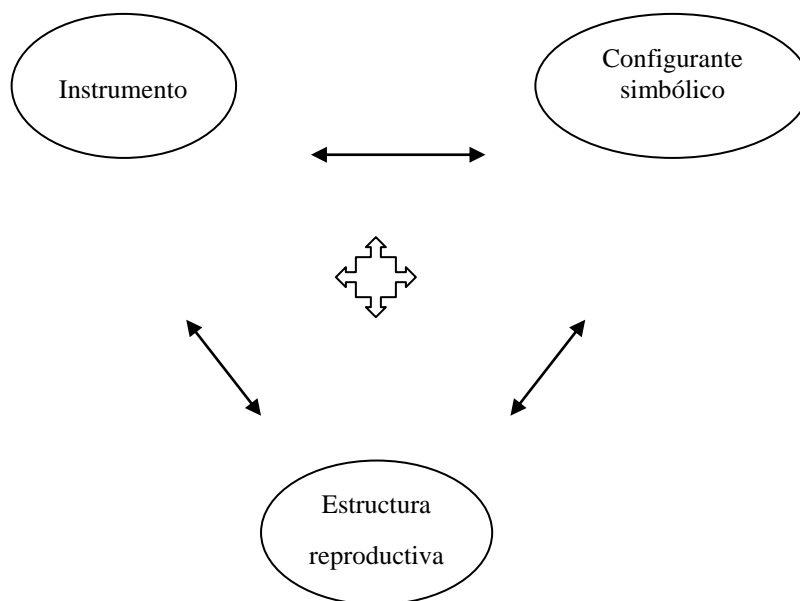


Ilustración 1. Funciones del Derecho y sus relaciones.

El derecho fue concebido en una doble perspectiva, de las cuales prontamente una subsumió a la otra, ocultándola hasta hacerla desaparecer, al plantearse desde la exégesis y la formalidad como única forma natural de comprender lo jurídico. Con el advenimiento del liberalismo y su hegemonía en el pensamiento post absolutista, el derecho burgués dejó de reclamar los valores esenciales que levantaba frente a la monarquía –libertad y propiedad- para hacer un doble juego de vincularlos como si fuesen uno solo y establecerlos como esenciales y naturales en el derecho de propiedad. Bajo la hegemonía de un solo pensamiento político integrado e integrado de la forma, la potencialidad política del derecho fue extraviada. Así, en el mejor ejemplo de lo que acabo de sostener, el derecho de propiedad pasó a ser no solo el principal derecho sino la representación de la libertad y la individualidad<sup>129</sup>. La lógica de la posesión pasó a ser la lógica del individuo (asimilándose, fundiéndose) de manera que el derecho de la persona es

<sup>129</sup> Lo anterior resulta evidente cuando uno analiza los manuales de derecho civil en que se señalan los atributos de la personalidad y se subsumen en el patrimonio todos los demás como el nombre, la nacionalidad y, por supuesto, la propiedad.



esencialmente el que recae sobre las cosas. “Justamente en la propiedad la libertad se expresa como voluntad de una persona individual que está en relación sólo consigo misma”<sup>130</sup>, y dado su carácter absoluto, de alguna forma ensimismada.

En una sociedad caracterizada por la libertad de mercado y la igualdad jurídica, donde en definitiva todo deviene en propiedad, construir un orden social que la favorezca y la conserve, que la reproduzca y la atribuya requería establecer los instrumentos que permitiesen la relación de los individuos poseedores entre sí, con los poderes públicos llamados a garantizar la propiedad y con aquellos a quienes había que excluir o controlar por ser un peligro para esta propiedad que era el individuo y en definitiva la representación de la libertad misma.

Si el individuo propietario es un absoluto, si la sociedad civil en donde se desenvuelve en el intercambio está diferenciada y separada del estado, si todo atentado a la propiedad es una actuación declarada ilegal y criminal, era indispensable articular instrumentos que permitiesen la interrelación y comunicación entre ellos, para la mantención general del sistema: entre el estado como marco de protección de la sociedad civil entendida como sociedad económica, **la ley**, como instrumento de imputación y de control resultó ser vehículo y estructura de ésta institucionalidad destinada a promover, proteger y adjudicar la propiedad como característica y esencia. Así, cuando los Códigos Civiles señalaron, por ejemplo, que “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la república, incluso los extranjeros”<sup>131</sup>, que existe un derecho mayor denominado **derecho real** que “es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”<sup>132</sup>, afirmando por tanto la autonomía económica como base del poder individual; y que “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”<sup>133</sup> establecía como instrumento de relación entre el estado guardián y los

---

<sup>130</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid, Editorial Trotta S.A. 1996. Página 122.

<sup>131</sup> Código Civil Chileno, Artículo 14.

<sup>132</sup> Código Civil Chileno, Artículo 567.

<sup>133</sup> Código Civil Chileno, Artículo 582.

individuos a la ley, bajo amenaza de obligatoriedad y sanción contra cualquiera que vulnerase el derecho ajeno esencial y real. Una tautología convincente y afirmada.

Sin embargo y dado que el Estado fue concebido por el liberalismo como el custodio de sus fundamentos, debemos poner la mirada en el espacio privilegiado por ésta doctrina eje de la modernidad, en el espacio de lo privado del intercambio económico, donde el instrumento de toda relación social entre los individuos es **el contrato**. No es casual que además de ser la forma de interactuar entre los individuos, ya sea para adquirir bienes o para constituir legalmente el matrimonio, las formas de actuar colectivamente permitidas y propiciadas por el modelo, friccionando a un sujeto individual, como lo son las sociedades, debiesen también constituirse contractualmente. Toda otra forma de asociatividad, de colectividad, de comunidad, de solidaridad o de intercambio que no estuviese ajustada a ésta matriz fue mirada y tratada con sospecha e incluso, como lo muestra la historia del movimiento obrero, criminalizada por contradecir la **razón contractual**.<sup>134</sup>

El espacio privado que se vincula con otros espacios también privados a través de las formas, es donde debemos atender para comprender el sentido, las aporías y los límites del derecho occidental moderno. Si el individuo es propietario y autónomo, en relación consigo mismo antes que con nadie, es a través de éste vínculo estratégico que es posible relacionarlos, obligarlos y articularlos en torno a la facultad de intercambiar, es decir, de poner en comunicación su esencia, la calidad de propietarios con capacidad de intercambiar sus bienes por que son poseedores de los mismos y por que los define en cuanto tal. Entre ellos, iguales, en caso de

---

<sup>134</sup> Si se revisan los textos jurídicos clásicos del liberalismo jurídico, léase Códigos Civiles o Constituciones, podrá apreciarse con toda claridad como todas las formas sociales y las relaciones entre individuos están mediadas y formalizadas bajo la lógica del contrato. Desde el matrimonio (*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*. Artículo 102 Código Civil Chileno), las relaciones entre los cónyuges e hijos, apuntadas sobre el patrimonio de cada cual (*Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración*. Artículo 1715, Código Civil Chileno), hasta las sociedades (*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan*. Artículo 2053 Código Civil Chileno), la lógica del contrato es la lógica dominante y necesaria de construcción de relaciones sociales: partes definidas formalmente iguales, un vínculo de intercambio patrimonial, prestaciones que reflejen dicho intercambio, contraprestaciones de obligatoriedad, sanción pecuniaria en caso de incumplimiento.

incumplimiento indemnización, es decir, compromiso y transferencia de sus bienes que son, en verdad, a la vez, ellos y parte de sí mismos.

Fijados estos límites, delimitada la sociedad civil al intercambio de bienes entre propietarios, era necesario establecer para aquellos que quedaban fuera como principal efecto del acatamiento o en abierta violación de esa obligación de respeto del individuo y su patrimonio, no la responsabilidad en su patrimonio sino la sanción, esencialmente penal y disciplinante. Garantizar el orden social es garantizar el patrimonio que es el fundamento de la libertad, mantener los mecanismos de articulación y comunicación abierta y disponible es, desde esta perspectiva, mantener la libertad. Esto es lo que distingue en tanto época a la modernidad y al derecho moderno. Si antes de la era del mercado, garantizar la circulación de los bienes era una necesidad para la existencia de los reinos, ahora la libertad de circulación y apropiación de los bienes se hizo sinónimo de la libertad de los individuos, la sociedad en proyecto en su forma pura y básica, y por lo tanto esa libertad que es propiedad se transformó en la esencia del sujeto moderno: libre en tanto poseedor, sujeto en tanto contratador: “el sujeto que se presenta como protagonista construye una gran objetividad, una estrategia de objetivaciones sin precedentes, y al final se restituye como sujeto negado, como puro individuo de consumo”<sup>135</sup>

Pero a la vez que el derecho sirve como instrumento de comunicación entre los sujetos, además de su carácter instrumental éste determina las características de constitución de éstos mismo sujetos actores del derecho: si el sujeto que el derecho declara como sujeto de derecho es libre y lo que le confiere esa libertad es la capacidad de obrar con independencia de otros y dentro del marco legal por ser poseedor y propietario, y si el vínculo es primero entre sujeto y sus cosas propias, personales, es decir consigo mismo, éste individuo que es el sujeto es entonces individual, propietario y soberano sobre su patrimonio. Al ser la relación social una vinculación contractual uno a uno y el objeto de ese intercambio una prestación pecuniaria que consiste en cosas o servicios reducibles a cosas y valor, al ser el

---

<sup>135</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 97.

sujeto legitimado un sujeto real o ficticiamente formalmente igual a sus pares, abstracto y des-subjetivado psicológicamente y solo identificable en tanto propietario, el sujeto de derecho y actor de la sociedad jurídica queda definido y delimitado: **el individuo propietario formalmente igual a sus pares en la esfera de la abstracción jurídica.**

Al sumar los elementos anteriores, la tercera gran función del derecho entonces es, a pesar de su carácter intangible y de omnipresente in-ubicuidad, extraordinariamente palpable y fundamental para cerrar éste espacio de intercambio en que se ha convertido el derecho y a la sociedad moderna misma. La reunión de todos esos elementos no está sólo en ellos mismos sino sobre todo en la relación que forman sus partes como un todo cerrado para auto-reproducirse y reposicionarse permanentemente en tanto concepto supuestamente natural de lo jurídico, del individuo y sus derechos.

El sistema jurídico moderno propone un actor (el individuo propietario), un modelo de sociedad (liberal contractualista), de historia (la del idealismo etapista) y una forma de alcanzar la felicidad y satisfacer las necesidades de los individuos (el intercambio comercial capitalista y la acumulación de bienes) y como todo sistema, requiere mecanismos que aseguren la mantención de sus supuestos y de sus relaciones. Nuevamente es el derecho quien satisface ésta necesidad a través de su vocación arquitectónica, de su carácter normativo de imputación y sanción, de su carácter lógico y científico de control, disciplinamiento y garante del orden, por la forma y la amenaza del uso de la fuerza. “La dominación jurídica racional está legitimada por el sistema racional de leyes, universales y abstractas, emanadas del Estado, que presiden una administración burocratizada y profesional, y que son aplicadas a toda la sociedad por un tipo de justicia basado en una racionalidad lógica formal.”<sup>136</sup>. Todos aquellos que no se ajusten al sistema propietario, a sus lógicas internas, que no sean capaces de cumplir con su eficacia y sus designios o bien quedan fuera del sistema que no los necesita o bien se exponen a ser

---

<sup>136</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 160.

criminalizados por atentar contra el orden. El número de los incluidos o excluidos es una cuestión sin importancia en tanto no afecte la continuidad de la producción y el consumo que permite la subsistencia del sistema.

Si uno revisa entonces, mirando desde el presente hacia atrás, puede apreciar que, a pesar de las inmensas contradicciones y lagunas existentes, el proyecto jurídico de la modernidad liberal ha sido extraordinariamente coherente a la hora de construir y constituirse en el sustento institucional y simbólico del sistema mundo hoy regido por la globalización neoliberal, que ha llevado a los extremos la racionalidad moderna individualista y de mercado. En todos los espacios de aplicación del derecho<sup>137</sup> ha existido una notable correspondencia de principios y de medios. Tanto en el espacio local, nacional o global pueden apreciarse las líneas de continuidad del paradigma que la globalización neoliberal ha llevado a su extremo.

Del evidente contenido patrimonial del espacio domestico del pater familia y el matrimonio como comunión de bienes, pasando por la comunidad local como espacio de asentamiento productivo cuyas utilidades y tributaciones son llevadas por el capitalista o el estado central (dejando allí las perdidas ambientales y los costos sociales/laborales) hasta llegar al espacio de imposición de lógicas institucionales que excluyen o incluyen a los grupos humanos en la misma lógica de maximizar las utilidades hacia los privados y desviar las perdidas hacia lo público, y traspasando el espacio histórico de las comunidades primero hacia el estado nación, y desde éste hacia el espacio transnacional global, donde el sentido de apropiación, disponibilidad de las cosas y los costes e imposición de los intereses privados a gran escala contra todo intento de control, su existencia y su esencia es la misma: **la supremacía del interés particular sobre su patrimonio, con exclusión de toda persona y el control de la realidad por contratación o la fuerza.** Toda oposición, todo derecho

---

<sup>137</sup> En lo sucesivo sigo la división espacial que desarrolla Boaventura de Sousa Santos en su libro *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia – ILSA. Bogotá. 1998; que se refieren a los espacios y a los elementos constitutivos del derecho. Para mayor profundidad en el tema ver especialmente el Capítulo Primero. La pluralidad de los campos socio jurídicos.

social que disminuya la tasa de ganancias, los derechos sociales, la protección del ecosistema, los reclamos de derechos humanos son obstáculos a la inversión privada que deben ser removidos.

Al derecho le ha correspondido en la modernidad realizar la articulación más compleja en toda esta arquitectura social: unir, articular y construir un orden colectivo a partir cimientos atomizados, formar colectividades que no se comporten como tal, identidades múltiples a partir del individuo abstracto. Y lo logra en apariencia, en parte por su gran carga discursiva y contenido simbólico pero también porque la amenaza del uso de la fuerza se ha confundido con los usos legales e ilegales con que se ha impuesto la modernidad occidental capitalista a todo el globo, desde la conquista de América, la colonización de Asia y África hasta la guerra por el control del petróleo.

Pese a todos los efectos de sometimiento, empobrecimiento y destrucción, el modelo de democracia liberal y de mercado ha imperado en una forma u otra, con sus propias variantes de adaptación. No solo eso, ha obtenido, y esto debe reconocérsele como un éxito, el lograr una buena cuota de adhesión, de legitimidad formal de sí mismo y de los intereses instalados como derechos y estados naturales en el sentido común. Como bien lo indica Pietro Barcellona “lo que el derecho realiza en su configuración moderna parece casi un evento milagroso en el desarrollo de las sociedades humanas: unir y separar a la vez, mantener como posible la división la atomización de la sociedad concebida como sociedad de individuos independientes y, al mismo tiempo, realizar su unificación, alcanzar esa unidad que permite identificar la sociedad como código.”<sup>138</sup>

La adhesión y capacidad de moldear pensamientos, imponer sentidos y construir maquetas sociales articulables, controlables y ordenables que el derecho logra, solo encuentra parangón en la hegemonía que ha logrado el pensamiento científico moderno. En ambos casos, como diría Foucault, logran articular a la

---

<sup>138</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 25.

perfección su capacidad de constituirse al mismo tiempo en verdad, saber y poder. Y la explicación se encuentra en su arqueología, su linaje y su genealogía. La matriz paradigmática común del derecho y la ciencia, la confluencia en configurar y sustentarse a partir de un sujeto abstracto, desapegado, autodefinido en la exclusividad de sus posesiones (conocimiento y bienes) y con capacidad de reproducir y ampliar sus propios límites permiten comprenderlo: “La ciencia moderna y el derecho moderno son las dos caras del conocimiento-regulación”<sup>139</sup>

Es el momento de retomar el segundo nudo problema de partida para éste análisis que hemos venido desarrollando, tópico que inevitablemente reconduce al primero, y que podemos formularlo de la siguiente forma: ¿cual es en verdad la capacidad de la ciencia como verdad última, dentro de un paradigma de reducción de la percepción a la razón y elusión de lo real a lo inteligible, para establecer un futuro de satisfacción de las necesidades sociales? Uso el término futuro tanto por la concepción de tiempo lineal progresista de éste paradigma cartesiano, como por otros dos motivos: uno, por que el carácter de instrumento de constitución de un régimen histórico burgués diferente a la episteme medieval, que era parte del objetivo original del cogito moderno está cumplido; y dos, por que ciertamente importa establecer si la promesa de satisfacción social propuesta, y que hasta acá ha generado objetivamente, tanto en la estadística como en la esfera social, ecológica y comunitaria, más desigualdades, desproporciones e inestabilidades de crisis permanente, puede conducir a desatar esos amarres de desigualdad y disponibilidad de agotamiento del sistema mundo, o si se requiere en verdad cambiar de mirada, pensamiento y práctica.

Para acercar el punto de la promesa paradigmática de la modernidad, voy a permitirme una metáfora cinematográfica.

Tal como ocurre en la película Casablanca, vivimos en un tiempo confuso, peligroso, en que debemos tomar decisiones distintas a las que hasta ahora hemos

---

<sup>139</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Pág. 159.

enfrentado, que incidirán en nosotros, pero también en los demás, pendiente de antiguas promesas y sus fantasmas, a las que debemos someternos o dejarlas ir para enfrentar la incertidumbre de lo nuevo. En la película, Rick (Humphrey Bogart) había conocido a Ilse (Ingrid Bergman) en París, en momentos en que ella venía de sufrir, eso se creía, la pérdida de su marido, el héroe de la resistencia contra el nazismo Víctor Laszlo. En esas duras circunstancias de tránsito se conocen y enamoran y, al separarse por el avencimiento de la guerra hasta las mismas puertas de su ciudad, se prometen París: *siempre tendremos París*. Con el tiempo, el escenario de crisis se prolonga, todas las huidas hacia los márgenes se van haciendo estrechas, los efectos de la crisis que consigo trae la guerra alcanzan, inevitablemente, hasta los lugares en que se había aceptado jugar a cierta neutralidad, ya ni siquiera Marruecos es el refugio para las causas de las inestabilidades; los sujetos, sus representantes y sus representaciones son, tarde o temprano alcanzados e involucrados en la crisis. Rick e Ilse se reencuentran nuevamente, todo y nada ha cambiado, se remueve el tiempo lineal del olvido y todo se actualiza en el instante de manera radical, en el momento en que se desarrolla la acción y todo lo que en ella ocurre tiene que ver con aquello que ocurrió en ese momento fundacional, aunque no quede inmediatamente en evidencia: las razones, los argumentos, las acciones de los personajes, las tensiones que subyacen entre lo que cada uno puede y debe hacer tiene que ver con ese momento originario en París, con el momento que nunca escapa hacia delante ni atrás, sino que se actualiza; y también con las promesas que se desenvuelven y amenazan con bloquear o cambiar la historia y sus historias. Algo similar viene ocurriendo, todo se actualiza en lo distinto y en lo idéntico.<sup>140</sup>

Tras el periplo por el devenir de la construcción del modelo modo moderno de verdad, podemos plantear las preguntas que la metáfora de Casablanca nos permite, las de la relación entre la actualidad y las promesas iniciales de este proyecto moderno que auguraba felicidad y progreso mediante la dominación de la

---

<sup>140</sup> El instante constituye una actualización contra tónica esencial para analizar el paradigma moderno y la ilusión de su tiempo lineal. Cuando el nudo apresa todo pasado y futuro reducen su significación a una temporalidad que deviene en contradicción con su actualidad. Pasado y futuro colisionan ante la necesidad de lo actual. Hablaba Zaratustra: “Se contraponen esos caminos; chocan derechamente de cabeza: - y aquí, en éste portón, es donde convergen. El nombre del portón está escrito arriba: Instante.”. Nietzsche, Friedrich. *Así hablo Zaratustra*. Alianza Editorial. Madrid. 1997. Página 230.



naturaleza en beneficio de la humanidad, el fin del miedo a verse superado por ella, la formación de espacios sociales institucionales que, debidamente regulados y protegidos garantizaran a todos el ejercicio de la libertad y la autonomía fundada en la disponibilidad por cada uno de sus propios bienes para su subsistencia; en el uso de la razón, de la lógica binaria, de la ciencia y de la técnica para lograr un mundo perfecto, en permanente progreso, ampliación y desarrollo.

Al volver a plantearse la pregunta de si la modernidad, con su ciencia, su sujeto y su derecho, han logrado cumplir o no con lo que prometían, la respuesta en estadísticas parece evidente.

Por más que los discursos dominantes quieran atribuirlo a una aplicación insuficiente del modelo, que requiere como solución más de lo mismo, la pobreza, la crisis energética y su círculo perverso de guerras de control y destrucción; los cambios climáticos que inciden en las poblaciones de manera vertiginosa y devastadora<sup>141</sup>, las crisis alimentarias, los problemas de seguridad y salubridad urbana, incluidas las obesidades mórbidas del proyecto globalizado de Mac Donald, nos dan una respuesta tajante y negativa. Ni la ciencia y la lógica fría de la tecnocracia que hace que incluso la política sea asumida y ejercida como una verdad incuestionable, la objetividad neutral del derecho como instrumento de paz y justicia, el vacío de un sujeto que se disuelve en su carácter de desechable o en su inoperancia nos ponen al final de ruta de esa promesa.

Si alguna vez el sueño moderno fue el de un sujeto autónomo, plenamente consciente de sí mismo, con voluntad de creación y construcción del mundo, en un proceso de progresivo avance hacia el bien futuro asegurado de la historia, armado de la razón y la técnica, ese sujeto parece no existir más; o mejor dicho, haberse

---

<sup>141</sup> Se asiste con firmeza desde el segundo semestre del 2005, a las alarmantes noticias de los huracanes y tormentas que azotan el centro y norte de América y a la expansión del agujero en la capa de ozono en el sur, a los efectos que provocan los terremotos en la China de desarrollo industrial intensivo, a la crisis de precios de los alimentos que detonó públicamente en el primer trimestre del 2008. La palabra crisis (social, ambiental, urbana, de recursos, etc) se vuelve cada vez mas cotidiana, aparece inevitablemente en la agenda temática incluso de los más fríos espacios de administración mundial. La Coca Cola no ha logrado crear el mundo feliz.

demostrado exactamente sus límites, a quienes se refería y podían efectivamente alcanzar ese estatus: los únicos que hoy podrían llamarse efectivamente sujetos son el selecto grupo de dueños del sistema-mundo; aquellos que toman las decisiones de qué, cuando, como y donde invertir y lucrar, clausurar o destruir. Para los demás, aquellos que son, en verdad no más que objeto de esas políticas, el sueño del sujeto se encuentra demasiado lejos, asfixiados por el hambre diaria, o la alienación masiva del trabajo y la televisión, la mantención del espacio privado de la familia como lugar de la felicidad cercada por el pago de las deudas y el consumo; la desesperanza de la no visibilización de espacios de creación y vida que no se encuentren mediados por el dinero, el sentido mismo de por qué y para que existir. Para todos nosotros, invitados alguna vez a enamorarnos del sujeto moderno, hemos despertado como quién lo hace tras una noche de borrachera y consumo de sexo como reemplazo de los afectos. Vacíos y más pobres.

Las consecuencias de lo anterior son por lo demás graves, en muchos aspectos, pero destaco en especial lo que acontece en lo psicológico y en lo jurídico privado. La dominación y alienación sobre el hombre unidimensional que nos profetizara Marcuse parece haberse maximizado como las ganancias. En el sin sentido del devenir urbano colapsado o en la subsistencia pura y dura de la marginación geográfica y económica ¿Cómo seguir siendo eso que denominábamos persona, más allá de una mera enunciación a priori y abstracta? Pero aún más, si en el mundo de la igualdad formal del derecho la persona tenía un lugar con su contrato bajo el brazo, en un mundo donde el comercio real se realiza básicamente a puertas cerradas, entre las filiales de las transnacionales, y el mercado minorista es solo la llave para mantener encendido el deseo de las muchedumbres a incorporarse al consumo, además de mantenerlas biológicamente vivas, de nada sirve la persona jurídica con capacidad para celebrar actos y contratos. El neoliberalismo ha matado a su padre, la ganancia a cualquier costo deja incluso a Freud cesante.

Disminuidos los Estados Nacionales en sus soberanías regulatorias, ya sea por las decisiones monetarias tomadas fuera de sus fronteras como por su propia ineficacia para llegar con su promesa de futuro a todo su territorio, entregado a sus habitantes individualmente perdidos o agrupados en redes de maras o

narcotraficantes, en tribus urbanas vacías y cansadas a los quince años; perdida la esperanza política en las decisiones tecnocráticas de ajustar todo a las políticas de ajuste, sometidos a la farsa pornográfica de la lucha fingida por el espacio electoral, la democracia representativa no seduce ni convoca: El ciudadano que decide sobre el colectivo, el colectivo mismo parece declarado en quiebra.

Por paradójico que parezca, incluso la esfera del mercado nos ha sido arrebatada. ¿Puede efectivamente alguno de nosotros erigirse como éste nuevo sujeto y ciudadano de la patria del neón que es el consumidor, como para nombrarse a sí mismo como un consumidor pleno, informado, con capacidad de decidir efectivamente el qué, como, cuando, cuanto y donde consumir? Incluso ésta esfera semi sagrada del consumo parece escarpársenos y no darnos sino una cabida aparente en la nueva caverna del neoplatonismo imperial y economicista.

Ese y no otro es el mundo del capitalismo real, uno donde el uso y la maximización de los resultados es la forma usual de ejercicio de todas las prácticas sociales, y en que se somete a la naturaleza, a la “fuerza de trabajo”, a los espacios geográficos, simbólicos y humanos, a las relaciones políticas, comunitarias, familiares y personales y al propio cuerpo a ese criterio de producción. Una sobreproducción por exceso de uso de todo lo existente es, a la vez el fundamento y programa de la globalización neoliberal. Un poder, una economía, una política militar y social, un biopoder ya no constitutivo de una nueva forma de producción basada en la maquina y el trabajo proletario de la revolución industrial, sino en definitiva disolvente por la especulación y la depreciación acelerada de todo capital tecnológico y la desvalorización de los insumos fundamentales (los humanos y la naturaleza); se trata de una acción de producción global verdaderamente disolutiva de todo aquello que servía de fundamento a la ecúmene moderna: una producción que ha perdido el sentido mismo de progreso histórico cambiándolo por uno solo de acumulación.

**Se trata a mi juicio y sin duda de una modernidad fallida y un paradigma quebrado**, por mucho que se nos impute que no tenemos las respuestas para

superar y resolver éste puzle. Esa es otra discusión diferente a la constatación de lo real y evidente.

En Casablanca, Bogart podía creer en la promesa inicial, no solo porque Ingrid Bergman lo miraba con los mismos ojos de enamoramiento y duda que en París, no solo porque ella al final duda entre quedarse o partir, no solo porque incluso los esbirros, los truhanes, los héroes inventados y reinventados, y él mismo, el cínico amante de los bares y la bohemia, se mueven en una época oscura con una aún suficiente dosis de ética centrada en el otro para resolver acerca de sus acciones. Puede hacerlo porque esa trama, lo que va ocurriendo con todas sus contradicciones, es la prueba que las promesas originales eran verdaderas, voluntaristas quizá, pero capaces de actualizarse.

Con el paradigma de la modernidad occidental, liberal, capitalista, científicista, tecnocrática e individualista no ocurre lo mismo. Las promesas no logran actualizarse ni desapegarse de las falsas objetividades y neutralidades que son consumidas en las lógicas del egoísmo individualista de mercado. En lenguaje cinematográfico era un buen guión, pero que entre el desvarío de los directores, como con las películas de Ed Wood, el ansia de lucro a toda costa de los productores, las carencias de los extras para comprar un puesto en un trabajo en que deberían haberles contratado y pagado y no al revés, el film acabó por naufragar. Casablanca, es una historia de amor, coraje y humanidad; esta modernidad una película que comenzó en eso y devino en pornografía mecánica y banal, que al intentar actualizarla con nuevos llamados a la pasión y a la razón, deviene en melodrama.

El punto es precisamente ese, si seguir intentando reflotar éste proyecto de tecno culebrón porno o arriesgarse a escribir otro guión, a producir nuevos escenarios e intervenir con nuevos y viejos sujetos en una nueva obra.

### **Del sujeto cognitivo al sujeto/objeto del derecho.**

La historia que he contado es la historia, su arqueología y genealogía de una episteme, de sus contradicciones pero también la que se entronca con realidad material de los últimos siglos, y con ella también la historia del ascenso y actualidad del sujeto y su condición de posibilidad en los actores sociales que llamados o no a ser ese Sujeto, se encuentran, se desarrollan, colisionan, se desenvuelven o desaparecen en esa historia. La posibilidad de ser y de volverse sujetos es lo que ha estado en juego, en su promesa y en su concreción. Sin embargo los resultados son adversos: nunca ha habido más pobres que aquí y ahora<sup>142</sup>. No es solo una aporía teórica sino una destrucción del sujeto-hombre (blanco, propietario, cristiano y/o racional) o al menos de punto en quiebre de ese proyecto.

En esa historia el sujeto no solo fue fragmentado y transformado en un ente abstracto en las ciencias duras, también, en la medida que el derecho pretendió convertirse en expresión del proceso de constitución de la sociedad liberal primero, pero sobre todo a partir de los intentos de cientificidad pura con el positivismo y después con la teoría de sistemas, “El derecho se ha convertido en el paradigma constitutivo del sistema social y de la planificación tecnológica”<sup>143</sup>, de manera que también lo jurídico se inserta en ésta genealogía.

Puede apreciarse entonces con mayor claridad ahora lo que hemos venido diciendo. Si el paradigma moderno lleva consigo una definición de sujeto cognoscente que se centra en la abstracción y la razón para aproximarse a los fenómenos, si eso implica una apuesta por la reducción de la complejidad de lo real a modelos de trabajo que privilegian esa reducción para la aplicación de su técnica, lo que conlleva una forma de subjetividad reducida a lo racional y formal, el derecho

---

<sup>142</sup> Como el objeto de éste trabajo no es demostrar la existencia de las inequidades materiales de la modernidad o del capitalismo real global, puede verse las páginas web y materiales escritos de las Naciones Unidas y sus órganos (UNICEF, CEPAL, FAO, Comisión de Derechos Humanos), o salir a dar una vuelta por las periferias no comerciales de las ciudades, o bajo los puentes. Vaya si vi gente durmiendo bajo los preciosos puentes de Sevilla.

<sup>143</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 35.

calza a la perfección en ese orden. También allí el sujeto ha sido elevado a ratio y luego reducido de complejidad para el trabajo instrumental. La potencialidad relacional del sujeto jurídico ha sido reducida a su calidad de sujeto propietario y solo dentro de ese marco se le ha dado todo poder, facultades y garantías dentro de un régimen, en tanto no violenta las bases de ese constructo. Esta reducción a sujeto propietario simplifica y relega al entorno de lo jurídico el resto de las relaciones sociales y comunitarias que no implican esa relación de propiedad y su subordinación a la lógica contractualista de mercado. La percepción de lo real se ha restringido a la percepción de la formalidad jurídica como la porción inteligible de realidad en que el derecho y sus sujetos pueden y deben actuar. La existencia de reglas objetivas que permiten mantener esos márgenes de actuación, excluyen toda subjetividad no contractualista propietaria, operando nuevamente esa pérdida de amplitud que venimos denunciando. Así las cosas el sujeto actor define un entorno de destino que está delimitado más o menos rígidamente por normas que marcan esos paralelos. Si esas normas señalan los límites pueden entenderse por que el sujeto jurídico es a la vez sujeto y objeto, porque existe un entorno bipolar que lo permite, que le señala como ser sujeto dentro de un orden que lo constriñe.

Jugando en el ámbito de la percepción, la aprehensión y acción/decisión sobre el entorno, la ciencia y su paradigma han sido y son, sobre todo, una forma de política en tanto es una forma de producir verdad, imponerlo como saber, constituirlo en un poder con capacidad de reproducción y de control de recursos. Podemos decir que todo derecho y toda ciencia son una economía, esto es, una forma de controlar, administrar y distribuir recursos. Si entendemos el derecho de ésta forma, podemos considerarlo una ciencia, y decir entonces que la ciencia jurídica es una forma específica de articular discursiva e instrumentalmente topois, recursos, instituciones y sujetos sociales desde su propio centro discursivo. En ese sentido el derecho, siguiendo los lineamientos del positivismo se ha constituido (o autodenominado) como ciencia, en tanto se ha propuesto como productor de verdad y saber formal, que es, en la lógica interna de los juristas “el acuerdo o conformidad del pensamiento consigo mismo, y que se expresa en la resolución de los jueces como cosa juzgada, la cual dice Carnelutti que si no es verdad, vale como si fuese verdad:

“res iudicata pro veritate habetur no quiere decir solamente que no es verdad sino que vale como verdad”<sup>144</sup>

Desde el punto de vista de su relación con la sociedad el derecho ha sido más un instrumento de ingeniería social que una ciencia social o de interacción social en perspectiva humanista, como han pretendido ser la antropología, la sociología o la psicología, que ha pretendido aparentarlo al usar las palabras más sentidas al proyecto (hombre, persona, sujeto) en la organización de su modelo de Estado, de Sociedad, de Ciudad, de Familia, etc. Basta recordar al efecto la vocación autorreferente y desconectada del entorno social que llevó a Kelsen a señalar que entendía debía constituirse al derecho como una “ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños”<sup>145</sup>

Se plantea entonces para los juristas la cuestión del que hacer con este instrumento tan parte de la construcción social que no puede abandonarse, que requiere actualización y renovación, o más apropiadamente, reconstrucción y apuesta para la superación del momento de crisis paradigmática que se presenta y representa en todos los planos. El Derecho, si pretende seguir ocupando algún lugar de importancia real y no solo nominal en los asuntos de las comunidades requiere plantearse con urgencia reformas que abran ventanas para la reconstrucción de su saber y sus prácticas, de sus deslindes pero sobre todo de sus horizontes (así en plural). Se requiere no solo reflexión sino inflexión de sus supuestos, potenciación de sus alcances, reorganización de su instrumental, recuperación de su mirada y su tiempo para des-objetivar a los actores y re subjetivarlos para su cotidianeidad y la resolución de sus necesidades.

---

<sup>144</sup> De la Torre Rangel, Jesús. *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación*. Editorial MAD. Sevilla. 2005. Página 32.

<sup>145</sup> Kelsen, Hanz. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires. Eudeba. 1999. Página 19.

Se trata de recuperar doblemente éste momento, primero en cuanto a bajar de la abstracción conceptual y a-histórica al contexto de actualidad del mundo global de principios del siglo veintiuno; y segundo, en la recuperación del momento actual y no del tiempo abstracto para la resolución de sus problemas. En esa recuperación de si mismo se rescribe la subjetividad o la cosificación de sus prácticas y sus sujetos, así en minúsculas. Atender al tiempo de sentido para la acción es indispensable si se piensa que “el momento es la tentativa con vistas a la realización total de una posibilidad. Esta posibilidad se da, se descubre, y puede ser vivida como una totalidad, lo que significa realizarla y agotarla”<sup>146</sup>

A diferencia del modelo propiamente moderno, que establece como parámetro de perfección una introspección cada vez mayor, una desafectación, una desvinculación total de la materialidad, de las estructuras y de los factores de la subjetividad que construyen al sujeto real, **un nuevo concepto de ciencia jurídica debe apuntar no a la “pureza” sino a la impureza, al diálogo, a la mixtura con puntos de vista múltiples y diferentes, a la integración con otras disciplinas, otros discursos, otros actores y despliegues de subjetividad.**

Dentro de los modelos de neo-ciencia que superen la lógica binaria, la fragmentación disciplinar y que abandona la separación sujeto/objeto y razón/emoción, que sin prescindir del rigor de la verificación se abren a una experimentación no totalmente controlada, sino que postulen y acepten navegar entre la complejidad y la incertidumbre, un derecho de nuevo tipo tiene una posibilidad de jugar en el campo de esas ciencias de un modo también distinto, en sus demarcaciones y en sus reglas. Así como planteamos para la ciencia la superación de las ataduras de la concepción binaria y fragmentada moderna, incorporando las subjetividades y experiencias no sistematizadas a su acervo de conocimientos, el nuevo Derecho debe recoger también esas perspectivas de superación de la modernidad, abriendo el sistema cerrado de reglas que hasta ahora ha sido a una ampliación de la juridicidad más allá de la normatividad y su aplicación institucional.

---

<sup>146</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 121.



Esta nueva ciencia del derecho, reforzando el carácter esencialmente instrumental del mismo, en vez de cerrarse a los discursos iniciados y sistematizados de los especialistas debe abrirse a los saberes locales y populares, incorporándolos en una doble perspectiva: primero, incorporando el sentido político y ético del derecho que éstos sujetos portan, ya que se centran no en los aspectos formales del derecho sino en la concreción de derechos como aspiraciones de dignidad, de manera que otorgan al aspecto retórico y al discurso de justicia un sentido esencialmente social y de redistribución de bienes y recursos, además de la búsqueda de reconocimiento de éstos sujetos como sujetos de derechos efectivo. En segundo lugar, incorporando las formas de producción de juridicidad por éstos actores a las formas tradicionales de lo jurídico institucional, de manera de establecer no fuentes del derecho y actores únicos sino un circuito de formas de producción y aplicación del derecho que deben combinarse y articularse en torno a los conflictos que surgen y sus estrategias y medios de resolución. Esta incorporación destruye el muro de separación entre sujeto y objeto, vinculando holísticamente y religando al sujeto jurídico consigo mismo, aceptando e incorporando la subjetividad en forma plena.

Abandonar el monismo discursivo y de fuentes y espacios jurídicos, pero también abandonando la lógica binaria de razonamiento que se traduce en el derecho en el principio de imputación. En efecto, un nuevo derecho debe intentar construir su razonamiento y su legitimidad formal no solo sobre el principio de deber ser y la obligatoriedad de cumplir con la misma por la amenaza del uso de la fuerza, sino que debe ser capaz de crear un marco de convicción, imputación y legitimidad complejo, que incorpore al juego de imputación obligación no la perspectiva ciega del intercambio cerrado y trivial de la unidireccionalidad, sino ampliar las consideraciones de obligatoriedad, responsabilidad y resolución de los asuntos. Una perspectiva compleja del derecho debiera incorporar, al menos, a la imputación-obligación, las nociones de responsabilidad y precaución, ampliando los momentos de acción a un cuadrante de actuación que enmarque la conducta en una perspectiva de tiempo más compleja que la acción puntual de cumplimiento, sino que prevea responsabilidad y cuidado durante tiempos largos de contacto jurídico entre partes, entorno, institucionalidad y recursos propios.

De ésta forma, una nueva ciencia del derecho, si es que puede continuar llamándosela así, debe ser pluralista y dialogante, tanto en el sentido interno de su disciplina como en el proceso de intercambio con los sujetos que son, discursivamente usados como destinatarios de la operación jurídica. Como diría Boaventura de Sousa Santos, habría que ampliar el espacio retórico, y agrego, superponiéndolo tanto en el uso de topois en los campos de estrategias decisorios como hacia el interior de los momentos de burocracia en cada uno de los espacios de aplicación del derecho.

Una ciencia del derecho en éste sentido alberga un espacio inmenso de re-escrituración, reinversión y redistribución.

El paradigma moderno, la ciencia, el proyecto jurídico social y el proyecto económico en que discurren se centran en una objetividad con pretensiones de certeza. Hay una promesa que toma todas las seguridades para que nada penetre esa fortaleza sin adaptarse a los contornos objetivos que la definen, determinan y obligan, El derecho es una parte más del proceso, del producto y de la acción de reafirmación de ese reduccionismo calculado.

Volver a hacer ese cálculo es una necesidad y, aunque el resultado no sea el matemáticamente exacto, lo que da lo mismo pues ex profeso buscamos alejarnos de la mathesis como proyecto, es una hipótesis pero también una condición de posibilidad de éste trabajo: la necesidad de recalcular las formulas y formas de distribución del derecho y su articulación con la realidad material para los derechos.



## PASOS PARA LA EMANCIPACIÓN Y NUEVOS PARADIGMAS.

Si no ves más allá de tu horizonte  
Estaremos perdidos.

Ismael Serrano.

Ningún orden “opresor” soportaría el que los  
oprimidos empezasen a decir ¿Por qué?

Paulo Freire

### **Acción y reflexión.**

En el capítulo anterior dijimos que la mirada sobre el mundo, el paradigma de comprensión de las cosas, los seres, sus relaciones, lugar y derivas, es fundamental en la manera práctica de construir y reconstruir la acción sobre el mundo. El pensamiento, la ciencia y la práctica que de ellas se efectúan son un juego de momentos a tal punto imbricado que, de la concepción formal o material de lo vivo y sus relaciones, dependen y se desprenden inmediatamente las consecuencias de las acciones. Como además pretendimos demostrar, más allá que se apliquen “puramente” los fundamentos teóricos de los autores que fundamentan la escisión del mundo en uno cognoscible puro y otro ininteligible imperfecto, que se ubica bajo ese primero inteligible y “puro y absolutamente real”, la deriva genealógica que la adopción de ese punto de vista produce, su modo de pensar-hacer, proyecta sobre el mundo material una acción en que la responsabilidad de su actor no se dirige sobre el mundo material y las relaciones sociales sino que se orienta a la confirmación de ese mundo abstracto, inmaterial y formalmente puro.

Denunciamos a su vez que ello se traduce en una verdadera enajenación respecto del hacer y de las consecuencias sobre lo material, ya que todo razonamiento formal en definitiva permanece en el momento de lo abstracto y no afirma una producción cultural viva, sino que ratifica principios teóricos predefinidos para ordenar la realidad de una vez y para siempre, suspendiéndola en el tiempo y en el espacio, ya en su principio o en su final histórico perpetuo, ambas destinadas a

confirmar ese principio ideal. La inmovilidad de la razón, la voluntad de la libertad abstracta y la posesión del propietario como esos puntos de tesis y síntesis de lo posible. Se trata incluso de una enajenación que se proclama a sí misma como libertad del mundo material y sus contradicciones no lógicas, una tradición esencial para esa separación. Allí está presente una contradicción que podemos también denominar esencial, pero no como predeterminación abstracta, sino por tratarse de una cuestión central, un nudo de reflexión y acción vital, ya sea para ordenar el mundo entre amos y esclavos o para reordenarlo en una producción cultural diferente. Para decirlo en los términos de Marx: “Lo que pasa por ser la esencia – producida y por superar – de la enajenación no es la *inhumanidad* con que el ser humano se *objetiva* en oposición consigo mismo, sino la *diferencia y oposición* frente al pensamiento abstracto con que lo hace”<sup>147</sup>.

No da lo mismo que el punto de partida y de llegada de la reflexión-acción sea una idea formal y abstracta a traducir o que se trate de una tensión en la producción de las condiciones materiales de ejercicio sobre lo real. La naturalización de lo abstracto como verdadero frente a lo material implica un noción de mundo y un proceso cultural de desarrollo centrada en la producción de las ideas y no de las relaciones sociales, destinando al olvido el hecho que toda acción tiene su contexto, su texto y sus pretextos disfrazados de razón, aún cuando en ellos aloja un interés valórico indudable. El pensamiento del abstracto pretende un hacer sin contexto, un social sin historia, soslayando que “Del mismo modo que todo lo natural requiere un generación también el hombre tiene su génesis, la historia; pero éste acto genético le es consciente y en cuanto tal se supera a sí mismo. La historia es la verdadera historial natural del hombre.”<sup>148</sup> De ésta forma las discusiones acerca de los imperativos y las ideas desprovistas de mundo real, y una ciencia (sobre todo la ciencia social) que se construye desde allí produce una acción que refleja y reproduce esa disyunción y pretende someter todo lo vivo a esa premisa ideológica de la doble existencia de mundos separados, en el cual todo debe someterse al orden racional de lo abstracto. La conciencia que se nos propone es una que se

---

<sup>147</sup> Marx, Karl. *Antología*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Página 101.

<sup>148</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 108.

llena de fantasmas, que se forcluye<sup>149</sup>, desplazándose del sujeto material hacia el sujeto epistemológico, alienándose respecto del mundo y el contexto en el que vive. Se olvida en la propuesta abstracta que “La conciencia jamás podrá ser otra cosa que el ser consciente y el ser de los hombres es su proceso vital real”<sup>150</sup>.

Conocer, comprender y actuar sobre los procesos vivos en un sentido de reapropiación del contexto de los sujetos y de las herramientas para su producción y cambio requiere no solo revisar la genealogía de esos discursos, como hemos intentado, sino además enfrentar en un plano valórico- ideológico esa abstracción de fines inmateriales y reasumir así un prisma metodológico de partida y de llegada al mundo material, a las relaciones sociales que en él se desarrollan y determinan la forma de existir de los seres vivos en ese mundo, su alienación y sometimiento o su emancipación de las fuerzas y las ideas que lo someten a imperativos que subordinan las necesidades a la razón. Como ya lo discutía Marx, oponiendo el materialismo al idealismo formalista, “La filosofía autónoma y sustantiva pierde con la exposición de la realidad su medio de existencia”<sup>151</sup> pero esa exposición de lo real implica no solo develarla sino a su vez asumirla para su transformación sustentable, responsabilizándose holísticamente del quehacer y sus consecuencias. Separadas de la historia, de los contextos - y también de la biodiversidad como lugar habitable y agotable - el pensamiento del abstracto no entrega otras respuestas a las contradicciones y fricciones de las relaciones sociales (por los lugares que cada actor ocupa y usa del mundo), sino el ratificar sus imperativos hasta que la realidad se adecue a la razón del orden. “La dificultad comienza, por el contrario, tan pronto como se entra en la consideración y ordenación del material, sea éste una época pasada o del propio presente, cuando se aborda, en suma la exposición real. La superación de éstas dificultades depende de premisas a las que aquí en absoluto cabe aludir, premisas que solo se obtienen a partir del estudio del proceso vital real y

---

<sup>149</sup> Esto se explica en términos psicoanalíticos cuando se señala que “Llamaremos forclusión del sujeto a este tipo de alienación del sujeto auténtico a favor de un representante privilegiado denominado en este caso sujeto del conocimiento” en que el sujeto no es un actor de sí mismo sino concebido como un sujeto epistemológico que reina por sobre el Yo como una realización imaginaria del mismo. Dor, Joël. *Introducción a la lectura de Lacan*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000. Página 145.

<sup>150</sup> Marx, Karl. *Antología*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Página 126.

<sup>151</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 128.

de la acción de los individuos de cada época.”<sup>152</sup>, lo que implica entonces instalarse no solo en la denuncia de la abstracción sino en la afirmación de un proceso cultural de producción de la vida que dé cuenta de los desafíos que surgen de la denuncia.

Abandonar los imperativos fundamentados en la abstracción requiere, además de debate, avanzar en la producción de nuevos dispositivos de reapropiación y recreación de las acciones sobre el mundo. Para decirlo en términos de Herrera Flores: “En esto radica la esencia del proceso cultural: ir reaccionando de un modo creativo frente al conjunto de relaciones sociales, psíquicas y naturales en las que estamos insertos”<sup>153</sup>. Se hace necesario en consecuencia avanzar en la construcción de alternativas de acción, de mecanismos de operacionalidad para una propuesta materialista, finalista y holista que rompa con el cerco que el formalismo analítico ha tendido sobre la conciencia y la realidad.

Si se observa en forma íntegra la propuesta formal-idealista puede apreciarse claramente como ella está integrada no solo por las ideas de los imperativos universales y el carácter legislador de la razón formal, de una ciencia pura para conocer el mundo o por los fundamentos de la libertad y la idea como principio y fin de la sociedad y la historia, sino además por sólidos principios metodológicos coherentes con esas propuestas. El abstraccionismo se dota a sí mismo de una forma de operar sobre el mundo que le permite prescindir de la realidad, sus problemas y los efectos sobre ésta, toda vez que su razón técnica se impone e impone las soluciones en virtud de sus propias razones auto sustentadas. Cuando Descartes proclama que “la razón es un instrumento universal que puede servir en toda clase de situaciones”<sup>154</sup> consistente en la parcelación de la realidad de manera que a través de “enumeraciones tan completas, y revisiones generales que estuviera seguro de no omitir nada”<sup>155</sup>, de manera que se logra distinguir lo verdadero de lo

---

<sup>152</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 128.

<sup>153</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página 34.

<sup>154</sup> Descartes, René. *El discurso del método*. Ediciones Akal S.A. Madrid. 1989. Página 74.

<sup>155</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 34.

falso, lo que permite “llegar a conocimientos que son muy útiles para la vida”<sup>156</sup>, que usados convenientemente permiten “convertirnos como en dueños y poseedores de la naturaleza”<sup>157</sup>, establece la plena concordancia entre el objetivo político de la apropiación de esa naturaleza para la generación de la riqueza económica y el método analítico, conformando un proceso cultural de fundamentos racionalistas y propietarios destinado a reproducirse. Como diría Michel Foucault, toda episteme lleva consigo sus dispositivos.

Nietzsche ya advertía al respecto cuando sostenía que “los métodos son algo esencial, así como lo más difícil y aquello que durante largo tiempo se ha de enfrentar con las costumbres y la pereza”<sup>158</sup>, de manera que todo proceso de reflexión-acción requiere tanto de una disposición a la teoría como de una operacionalización de ese saber, en una perspectiva de construcción de verdad y dispositivos de posibilidad. Sin una metodología que permita la acción y la reflexión las acciones están destinadas a ser aún más abstractas que las ideas que criticamos. Plantearse una metodología de trabajo que rompa el cerco de lo abstracto deviene en un verdadero imperativo para el pensamiento crítico. “La crítica rompe barreras, alimenta el ímpetu expansivo de la interpretación, y a su vez este ímpetu expansivo lleva a la crítica más lejos en la ruptura con todo aquello que inhibe la libertad de espíritu.”<sup>159</sup> Pero precisamente por su finalidad transformadora no puede quedarse en el espontaneísmo, requiere metodología para la acción y reflexión.

Volvamos entonces a los problemas de trabajo que presenta el enfrentarse al cambio y la producción social en la perspectiva de la abstracción racionalista. Intentar comprender las limitaciones que trabajar dentro de dicho paradigma presenta para la satisfacción de las necesidades humanas, proponer modificaciones

---

<sup>156</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 79.

<sup>157</sup> Descartes, René. Op. cit. Página 79.

<sup>158</sup> Nietzsche, Friedrich. *El Anticristo*. Edimat Libros S.A. Madrid. 1998. Página 118.

<sup>159</sup> Hopenhayn, Martin. *Después del Nihilismo. De Nietzsche a Foucault*. Editorial Andrés Bello. Barcelona. 1997. Página 168.



a las estructuras de producción de lo social que el idealismo conlleva, resulta necesario para proponer una perspectiva de lo jurídico que no se centre en los imperativos y su incisión sino en la finalidad de la emancipación individual y colectiva. Para incidir en la realidad en una perspectiva no meramente formal, imputativa y normativa sino que concilie razonabilidad y finalidad en la resolución y no meramente procesabilidad de los conflictos sociales – y por ende jurídicos – nos obliga a analizar los límites y consecuencias del paradigma analítico de lo abstracto. Se trata no solo de confrontar la realidad material a la del pensamiento abstracto, sino también las posibilidades de resolución que bajo uno u otro paradigma son posibles. En uno, el del pensamiento del abstracto, la verdad prescrita a imponer, en otro la posibilidad de soluciones y salidas construidas y reconstruidas, en una especie de nuevo cálculo de los elementos partes del fenómeno contextualizado que es un conflicto jurídico social.

En efecto, si por método analítico entendemos el procedimiento de razonamiento que “Consiste en imaginar que el problema dado ha sido resuelto ya y que, luego, se deducen las premisas necesarias resultantes, avanzando paso a paso hacia el origen del problema, hasta lograr una premisa tal que pueda adoptarse como correcta o desecharse como incorrecta”<sup>160</sup> podemos apreciar que los niveles de flexibilidad, de adaptabilidad, de re escritura de los límites de la situación son reducidos, constreñidos a una receta de repetición de condiciones y forzamiento o exclusión de lo que difiere, que el razonamiento mismo adquiere un sentido tautológico y reafirmante de lo dado, de manera que la innovación se reduce a subsunción e imputación y ajuste. No es en la creación de alternativas donde se verifica la solución propuesta, sino que “Es por la síntesis que entonces se lleva a cabo la solución”<sup>161</sup>. Síntesis que no es solución creadora sino de confirmación de lo absoluto. En caso contrario ese mundo de lo objetivo retorna al mundo sensible donde el azar se extiende y debe ser normado.

---

<sup>160</sup> Heiberg, Johan Ludwig. *La ciencia en la antigüedad clásica*. Iberoamericana. Buenos Aires. 1948. Página 60.

<sup>161</sup> Heiberg, Johan Ludwig. Op. Cit. Página 60.

Avancemos otro paso. El paradigma de lo abstracto se construye no solo sobre la disyunción de sentidos y de mundos, excluyendo lo sensible, sino que al colocar a la voluntad en un lugar central de la comunicabilidad entre los sujetos requiere para ello necesariamente articular esas voluntades no en un despliegue de plena y autónoma libertad autónoma, al punto que ponga en peligro los límites del razonamiento, sino construir un orden que “se establece sin referencia a una unidad exterior”<sup>162</sup> sino que adopta el origen, el fin y la medida del mundo en sus propias definiciones que evitan la contaminarse con lo real. En éste racionalismo clásico “las relaciones entre los seres se pensarán bajo la forma del orden y la medida, pero con ese desequilibrio fundamental que consiste en que siempre se pueden remitir los problemas de la medida a los del orden.”<sup>163</sup>. A partir de la construcción de éste sistema de orden, toda medida posible sobre las cosas se vuelve ya no una aproximación a ellas sino una medida de verdad ya definida antes de efectuar el ejercicio de la medición. Como lo dice Foucault en *Las palabras y las cosas*, después de Kant “la mathesis se reagrupó constituyendo una apofántica y una ontología; es ella la que, hasta nuestros días, ha reinado sobre las disciplinas formales”<sup>164</sup>, entre ellas por cierto el derecho y la economía moderna.

Sabemos que todo orden es norma, imposición y disciplinamiento. Si la racionalidad determina la objetividad y la objetividad es orden, en definitiva hablamos de una imposición de mundo y no una comprensión y acción sobre él. Por ello es que adquiere sentido la definición kantiana de ley e imperativo. “La representación de un principio objetivo en cuanto que es constrictivo para una voluntad se denomina mandato (de la razón), y la formula del mandato se llama imperativo”<sup>165</sup> escribe Kant, agregando que el contenido de todo imperativo es un *deber ser* que se vuelve ley objetiva, incondicionada y fuera del mundo de las necesidades materiales, en que incluso lo necesario está definido, estipulado y

---

<sup>162</sup> Foucault, Michel. *Las Palabras y las Cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Siglo Veintiuno Editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 60.

<sup>163</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 63.

<sup>164</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 80.

<sup>165</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 81.

ordenado desde ese abstracto universal subjetivo. El deber del orden se vuelve no solo una razón o un argumento, sino un absoluto; y con ello una obligación aún contra el mundo sensible y sus requerimientos. “En efecto, solo la ley lleva consigo el concepto de una necesidad incondicionada y objetiva y, por tanto, válida universalmente, y los mandatos son leyes a los que hay que obedecer, esto es, dar cumplimiento aún en contra de las inclinaciones.”<sup>166</sup> El deber de obediencia, suavizado como principio de razonabilidad, encubre no solo un desprecio por lo sensible, sino sobre todo una disposición social oculta que privilegia a los propietarios, a quienes materialmente controlan los recursos, los flujos de circulación de la riqueza y el poder que esas condiciones les entregan. Cuando Kant establece que “el principio de la felicidad resulta ser el más rechazable”<sup>167</sup> porque aparta al hombre de la moralidad y que “cuanto más se preocupa una razón cultivada del propósito de gozar de la vida y de alcanzar la felicidad, tanto más se aleja el hombre de la verdadera satisfacción”<sup>168</sup>, está diciendo sin rodeos tres cosas absolutamente directas: primero que el valor central de la sociedad es el principio del deber y no otro; segundo que si “las máximas deben concordar, por propia legislación, en un reino posible de fines como si fuera un reino de la naturaleza”<sup>169</sup> el cumplimiento del deber se impone a toda naturaleza que no sea una naturalización de ese deber; y tercero, que esta es la verdadera base de todo un sistema práctico de construcción de lo social, con reglas dirigidas a su concreción a cualquier costo de imposición<sup>170</sup>.

Si agregamos el que más tarde Hegel definirá como valor esencial de esa voluntad el de la libertad, en una muy particular y técnica acepción, que se expresa en la propiedad como contenido, la conclusión acerca del proyecto político de la ininteligibilidad adquiera una claridad meridiana: en un mundo no sensible donde la libertad y la voluntad se asimilan a la propiedad y al deber, y en todo intento e

---

<sup>166</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 86.

<sup>167</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 122.

<sup>168</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 56.

<sup>169</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 114.

<sup>170</sup> “En ese sentido, el concepto de un mundo ininteligible no es más que un punto de vista que la razón se ve obligada a tomar fuera de los fenómenos para pensarse a si misma como práctica”. Kant, Immanuel. Obra citada. Página 146.

instinto de felicidad y de satisfacción de necesidades es rebajado, absorbido y excluido, los únicos que pueden ser capaces de sostener dicho mundo, de convivir en su paradigma del deber a todo evento por el alto carácter de moralidad que lo otorga, son los poderosos satisfechos, por demás, los propietarios de los medios de producción de lo sensible y de lo racional. En otras palabras más directas: solo los ricos pueden razonar sin preocuparse de sus necesidades inmediatas y asumir cualquier deber de habitabilidad sin urgencias, porque el mundo de lo sensible ya lo tienen asegurado. El proyecto liberal burgués de lo inteligible es el proyecto de la dominación sobre la naturaleza, las cosas, las masas de no propietarios, de la cultura y de las relaciones posibles sobre todas éstas. Lo inteligible resulta a la hora del balance mucho más concreto que el discurso de las ideas.

Ese paradigma acusa una escisión que se manifiesta de manera doble: por un lado implica una separación entre conciencia y sentidos, que limita los movimientos a actos de reflexión y decisión ordenadas y estandarizadas; por otro en una separación del ser y el mundo, una disyunción experiencial que además separa las necesidades del sujeto de las posibilidades del entorno, y que cuando las resume opera solo sobre la lógica normativa y calculadora de la escasez. Se produce así un constante problema de acoplamiento estructural que, en pos del ajuste de lo real a lo racional, requiere acciones discursivas y de control que se traducen en el principio decisional abstracto y analítico de la imputación y en acciones de control y represión y sanción de las desviaciones. Es el mundo el que falla no la teoría de su construcción. El diseño se presume perfecto, “se dice que tiene el contenido y que solo falta la forma correspondiente”<sup>171</sup> lo que requiere ajustar las conductas a la razón, de un mundo inteligible que se contiene, repleta y rehace a si mismo permanentemente. Ese desacople permanente genera no solo esfuerzos de ajuste sino un verdadero “ruido” epistemológico y práctico. “Este ruido pone al descubierto la característica más propia del hombre moderno: la notable contradicción de un interior al que no corresponde ningún exterior y de un exterior al que no le corresponde interior alguno”<sup>172</sup>. Se habita en una especie de *entre mundos*, en un proceso lineal progresivo de ordenamiento permanente a los dictados de un absoluto

---

<sup>171</sup> Nietzsche, Friedrich. *Segunda consideración intempestiva*. Libros del Zorzal. Buenos Aires. 2006. Página 53.

<sup>172</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. Página 53.

que sin considerar lo cuantitativo avanza hacia un orden establecido y por restablecer que fije detenidamente la historia. Todo método, toda acción, todo control no es sino un necesario ejercicio de retorno al orden.

¿Como se habita en un mundo inteligible, como se transita en él, como se transforma una razón de manera que se transforme la cotidianeidad? ¿Cómo modificar o transformar una realidad sin hacerse de ella primero? Un mundo inteligible es inconmensurable, regulado, delimitado pero inasible, ni natural ni material. En mundo que parece estar construido en sus fundamentos fuera del tiempo, de las coordenadas geográficas, de la biosfera, de los contextos sociales, culturales, materiales, fuera de todo proceso cultural que conduzca a un resultado que no sea el normado. Sin embargo esa descripción deviene en irreal en su constatación práctica de desarrollo y sus efectos. Esa verdad constituida en idea y modelo social ha pretendido fundar su solidez en su ideología de la certeza y su prescripción técnica de experticia normativa, en su generalidad y universal de un modelo y método exacto aplicable, de modo que sus mediciones son a su vez abstracciones, imagerías (ingenierías) teóricas que prescriben y miden sus parámetros pero no la realidad<sup>173</sup>, exiliando de su propia realidad a los sujetos destinatarios de sus acciones y su mundo: ganan asesoría y pierden su contexto. Se trataba y se trata de un proyecto de solidificación de la realidad, de cosificación que permitiese una fungibilidad fundada en una certeza de apropiación y cambio liberatorio, “una solidez en la que se pudiera confiar y de la que se pudiera depender, volviendo al mundo predecible y controlable”<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Al respecto resulta interesante leer lo que sostiene Joseph Stiglitz en su libro *El malestar en la globalización* cuando describe el comportamiento del FMI en su supervisión y asesoría técnica a los países subdesarrollados, en que sus prescripciones técnicas se indican como ciertas y universales sin distinción de la realidad local. Especialmente en su capítulo 2 describe los conflictos y efectos en Etiopía y otros lugares de África en que se aplican los modelos de medición previa sin considerar la particularidad y diversidad de la situación específica. Describe además magníficamente en este ejemplo global como esa prescripción se hace ver como neutral cuando en verdad es preformativa. “*Es importante prestar atención no solo a lo que el FMI incluye en su agenda sino también a lo que excluye. La fiscalidad y sus efectos dañinos, está en la agenda; la reforma agraria, no.*” Stiglitz, Joseph. *El malestar en la globalización* Taurus. Buenos Aires. 2002. Página 122.

<sup>174</sup> Bauman, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. 2006. Página 9.

A pesar de la propaganda para convencernos de que ese modelo sigue siendo la base de la perfección, lo que se extiende desde la vigencia del formalismo jurídico más duro hasta la concepción normativa estatutaria de los Derechos Humanos, desde el uso de la tecnología en un avance persistente de dominación sobre la naturaleza hasta las promesas mediáticas que será esa misma tecnología invasiva la que salvará al planeta del cambio climática; entre los dictámenes tecnocráticos del Fondo Monetario Mundial y la aplicación de esa lógica del cálculo maximizable a cualquier costo de desregulación de las actuaciones sobre la población de las multientpresas, desde los llamados vacíos a la paz e igualdad mundial de las tradicionales instancias internacionales de colaboración y las políticas públicas de corte individualista y subsidiarias que permiten aplicar programas y hacer circular las divisas de los financiamientos de esos programas pero no superar las condiciones materiales de pobreza, se extiende un abismo cada vez mayor de separación entre el pensamiento del abstracto y su razón técnica y las necesidades cotidianas de los humanos concretos. No solo quienes padecen dura y directamente los embates de encontrarse “bajo la línea de la pobreza”, sino también de las cada vez más ambiguas capas medias, que de su definición aspiracional han pasado a ser ejércitos de reserva en el camino a la proletarianización y posterior exclusión y/o lumpenización de cada vez mayores grupos de personas dudan cada vez más de éstas promesas, pero a la vez oscilan presas de la tradición de ofrendar a los dioses, incluso a costa de su cotidianeidad.

Cuando todo está sujeto a enajenación todo se ha enajenado. No solo en cuanto a que se traspasa su propiedad - cuestión económicamente cada vez más discutible ante las cifras de concentración de la misma - su uso y sobre todo su acceso; sino que siguiendo el modelo racionalista del abstracto, representado sobre todo por la lógica economicista de las políticas neoliberales todo se hace ajeno<sup>175</sup>, desde nuestro tiempo para llegar a tiempo a cualquier sitio hasta la posibilidad de libre disponibilidad de los ingresos que se obtienen por remuneración. Pero también todo se vuelve enajenante: cuando ya el destino de la vida parece escapársenos de las

---

<sup>175</sup> La discusión acerca de a quien pertenece el ADN es ya la muestra absoluta de hasta donde llega el pensamiento racionalista sistémico que hoy rige el mundo. Puede verse sobre el punto la edición chilena de *Le Monde Diplomatique* de Junio del 2008 o el link visitado con fecha 15 de Junio del 2008 <http://www.lemondediplomatique.cl/article785,785.html>

manos y la cotidianeidad se llena de opacidad el deslucamiento de los sentidos comunes de la psiquis y la conciencia se disuelven; con tanta barrera, con tanto pago de peajes o ticket para ingresar ya no se puede estar donde se quiere; las cámaras de seguridad vigilan todo el tiempo y ya no se dispone de movimiento sin observación vigilante y castigadora del tránsito libre. Si el pasado se fue y el futuro no nos pertenece sino en tanto lo paguemos en cuotas, cuando el plus valor se nos extrae a futuro y no sobre nuestro trabajo diario, todo límite de la conciencia y la autoconciencia se rompen. Mientras los recursos naturales se agotan y las especies desaparecen por acción directa del impacto humano nos hablan de futuros promisorios a costa de más artefactos. Algo definitivamente no encaja y no cierra. Se trata de una crisis que no puede ser ya resuelta por su promesa de coherencia racional en saberes fragmentados. “Las crisis no son aisladas, sino que son siempre contextuales y relacionadas”<sup>176</sup> nos recuerda Antonio Carlos Wolkmer al abrir la exploración del pluralismo jurídico. Contra toda enajenación, se trata de recuperar esos parámetros de comprensión, pero también los espacios de acción.

Para esa recuperación del contexto y la integralidad de la existencia, el procedimiento de pensar/actuar fragmentado no es una alternativa viable. El método de la razón y el método analítico no darán las respuestas que no han dado, de lo contrario ya lo habrían hecho. Esto es un argumento de sentido común, y por eso radical. Frente al paradigma racionalista del abstracto se requieren nuevas metodologías de mirada, de pensamiento y acción, se precisa destruir a martillazos los ídolos que encarnan las oraciones lejanas por fraseos cercanos. ¿Quiere esto decir que debemos olvidarnos del pensamiento racional, científico, metodológico y entregarnos a los milenarismos irracionalistas, a las esperanzas en dioses nuevos o antiguos que traerán la salvación incluso contra nuestras acciones? No, se trata de reordenar el uso de la razón en una perspectiva distinta de la lógica analítica pura de los últimos siglos, hacer una apuesta por una razón concreta, contextualizada, material y responsable. Cambiar la perspectiva del orden a imponer desde arriba por una perspectiva del proceso cultural desde los actores y sus nexos, textos y contexto. Contra la razón abstracta una razón cotidianamente revisable y

---

<sup>176</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD. Sevilla. 2006. Página 76. También disponible en portugués en *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Editora Alfa-Omega. Sao Paulo. 1994.

reconstruible en torno a parámetros de dignidad y necesidad concretos y no imperativos categóricos abstractos. O como lo señala magníficamente Baudrillard reorientando la mirada: “Ya que el mundo evoluciona hacia un estado de cosas delirante, hay que adoptar sobre él un punto de vista delirante”<sup>177</sup> que reordene el proceso de estar y hacer sobre el mundo, recordando que “El jugador nunca debe ser más grande que el juego mismo, ni el teórico más grande que la teoría, ni la teoría más grande que el mundo mismo”<sup>178</sup>.

Una metodología que se plantee recuperar el mundo para sus habitantes, requiere plasmarse en acciones que implican por un lado adoptar otra racionalidad la vez que desplegar procesos que recuperen la fluidez sobre el pensamiento y la acción, que recuperen el contexto y la proximidad del ahora.

Frente a esa racionalidad de la certeza, que Zygmunt Bauman ha caracterizado como la pretensión de una solidez predecible y controlable (para tornar las cosas en apropiables, habría que agregar) se requiere desarrollar un otra racionalidad que permitan poner en circulación los conocimientos y las acciones a todo nivel, no solo la razón técnica sino además las razones éticas. Una propuesta de racionalidad no racionalista sino razonable. No ya una racionalidad donde “Los fines son determinados en función de procedimientos previamente definidos, conocidos y regulados por un orden legal”<sup>179</sup> sino en que los fines sean determinados en base a sucesivas miradas sobre las necesidades y la realidad, al ajuste de los instrumentos a las acciones para dirigirlos a esas necesidades y contextos. De ésta forma toda reflexión acerca de soluciones no predefinidas sino revisables, revisitables, reconstruibles adquiere, en el proyecto metodológico – y en nuestro caso también en la reflexión jurídica que desarrollaremos – definitivamente un carácter finalista responsable y no abstracto, sino próximo, comunitario, participativo.

---

<sup>177</sup> Baudrillard, Jean. *El intercambio imposible*. Ediciones Cátedra. Madrid. 2000. Página 153.

<sup>178</sup> Baudrillard, Jean. Op. cit. Página 153.

<sup>179</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD. Sevilla. 2006. Página 70.



Superar el modelo de lo abstracto, lo inamovible y definitivo, de las verdades permanentes de la idea absoluta, requiere no continuar ni cosificando ni solidificando el paradigma de la forma sino aproximarse a la realidad no en tanto cosa, sino como el conjunto de relaciones que constituye el mundo bio-psico-social. **La perspectiva materialista que enunciamos dice relación no con una falta de apelación a los fundamentos psicológicos o espirituales, sino con una posición crítica mucho más fina y delimitada: se trata de pensar y trabajar no desde las preconcepciones sino desde la realidad de las redes sociales operantes, de los puntos de contacto de dominación o emancipación que en las sociedades concretas y particulares se verifican;** aquello que Joaquín Herrera sintetiza bien cuando genera y usa la expresión *proceso cultural*. Por eso, más que pretender aumentar el paradigma de la reificación de las relaciones sociales y sus productos, se trata de recuperar la fluidez en las mismas, de manera que la acción pueda volverse flexible, dialógica, participativa, modificable y orientable hacia momentos diferentes a los del presupuesto inicial. Ese momento ideológico inicial que forma el paradigma de lo abstracto tiene la particular característica haber sido proyecto de futuro primero y modelo a conservar después. Su modificación requiere decodificar esa aproximación a las relaciones humanas.

Como en la metáfora de Zygmund Bauman de la modernidad líquida, se trata de recuperar la fluidez que permita recuperar el tiempo y el espacio, de recomponer la superficie donde desarrollar acciones de contacto destinada a cooperar e intercambiar, o a ejecutar las acciones de superación de límites inamovibles. Pensar desde la forma implica desconectarse del contexto del tiempo y el espacio, pensar rizomática y fluidamente implica contexto y devenir. “Los fluidos, por así decirlo, no se fijan al espacio ni se atan al tiempo”<sup>180</sup> y por lo mismo pueden modificar la posición de su situación, reaplicando las posibilidades en la disposición espacial de los proyectos, los recursos y los agentes, apropiándose de los límites de la soberanía (tiempo, espacio, recursos) para generar una red proyectiva de realidades

---

<sup>180</sup> Bauman, Zygmund. *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. 2006. Página 8.

posibles diferentes al orden establecido. Si a diferencia de la época en que las soberanías implicaban control absoluto del territorio, como sinónimo del control sobre los recursos y las poblaciones, pero también sobre los pensamientos admisibles, en la era de la movilidad global se requiere recuperar circulación y movimiento. Si en esta época global “la mayoría sedentaria es gobernada por una elite nómade y extraterritorial”<sup>181</sup> recuperar la fluidez implica recomponer el movimiento y con ello dosis de autogobierno.

Pero no todo movimiento es territorial, por lo que se trata de reasumir movilidad en sentidos no solo de acumulación o avance, sino movimientos multivectoriales, de las miradas, las ideas y las acciones. Eso requiere cada vez más pensar y actuar en movimiento, generando contactos, toda vez que “la existencia misma es un atributo relacional: cada ser –tanto los seres humanos como los demás- existe más o menos en función del número y del valor de las conexiones que pasan por él”<sup>182</sup>, por lo que asumir y activar pensamiento y acciones rizomáticas es una forma de reapropiarse de la realidad frente a la abstracción. Para un *otro pensamiento*, que pretenda reapropiar la realidad para la comunidad frente a la elite, establecer y rehacer contactos, es fundamental elaborar metodologías y acciones emancipatorias, de manera que sea posible “sustituir las ontologías esencialistas por espacios abiertos, sin fronteras, sin puntos fijos, en los que los seres están constituidos por las relaciones en las que se sumergen y se modifican en conformidad con los flujos, las transferencias, los intercambios, las permutaciones y los desplazamientos, que en este espacio son los acontecimientos pertinentes”<sup>183</sup>, ya que es ese acontecimiento del encuentro o de la conexión el que en verdad produce las identidades materiales de los actores, constituyéndolos en sujetos. En el mundo de la interconexión global, el aislamiento es un no ser ni estar.

---

<sup>181</sup> Bauman, Zygmund. Op. cit. Página 18.

<sup>182</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Ediciones Akal S.A. Madrid. 2002. Página 185.

<sup>183</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. Op. cit. Página 217.

A diferencia de las meta teorías comunicativas puras y abstractas no hablamos de conexiones ideales sino de confluencias con voluntad de poder y en posiciones de poder, que se dan en contextos espaciales, temporales, culturales y discursivos concretos, que disputan el apropiarse de los espacios próximos y cotidianos.

Cuando hablamos del espacio no hablamos de lugares físicos o de coordenadas en un mapa, sino que siguiendo a Milton Santos lo entendemos como “un conjunto indisoluble de sistemas de objetos y sistemas de acciones”<sup>184</sup>, lo que ciertamente constituye una noción más completa que la de territorio y límites, que como los procesos de globalización han demostrado, han demostrado su artificialidad al ser inutilizados por la acción global financiera y bélica. Atender a esto es fundamental, porque si algo debemos observar y aprender de los procesos sociales recientes, es que los conceptos de soberanía y jurisdicción demostraron su insuficiencia y su vulnerabilidad, de manera que una nueva juridicidad materialista y finalista deberá considerarlas a ambas, y con ello al espacio, como referentes complejos y no como verdades absolutas.

Entenderlo de ésta forma colabora en la comprensión y en el diseño de estrategias emancipatorias de reapropiación del mundo real. Mientras que el territorio físico que servía de fundamento a los conceptos de soberanía y jurisdicción se tornaba permanente y lejano, el espacio permite acción sobre él, transfiriendo soberanía jurídica abstracta a soberanía jurídica reapropiada, reasumiendo la expropiación soberana a que el estado nación y el constitucionalismo ejecutaron sobre las comunidades, transformándolos en ciudadanos representados. A diferencia de esos lugares físicos y simbólicos destinados a la confirmación del principio de jerarquía atemporal, “el espacio es siempre un presente, una construcción horizontal, una situación única”<sup>185</sup> que permite reconstrucción y despliegue sobre el lugar y las acciones, y que de alguna manera permite

---

<sup>184</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 18.

<sup>185</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 87.

proponerse, al asumir también la condición de posibilidad, el hecho que las fronteras son ficciones y que lo que en verdad importa es la capacidad de actuar en producción de sentidos y en disputa de fuerzas sobre lo cotidiano, una visión de acción e impacto similar al que asumen las fuerzas globales, para las cuales los mitos de las fronteras no son obstáculos para su acción. Se hace posible así entonces el entender que los movimientos no necesariamente tienen limitación en su alcance, sino que aún en las disputas locales está en juego la totalidad de los espacios, en que “el nivel global y el nivel local del devenir son conjuntamente esenciales para el entendimiento del Mundo y del Lugar”<sup>186</sup>.

Plantearse metodologías de acción sobre lo local cuando el desarrollo de los acontecimientos es global parece ilusorio o vano si no se comprende esa proximidad sorprendente de lo global, lo nacional y lo local, y como el ejercicio de poder de acción sobre el espacio requiere comprenderlo de ésta forma abierta y de alguna forma nómada y no cerrada y enclavada de la soberanía jurídica en ningún nivel. Como el mismo Milton Santos lo explica, una de las lecciones a sacar en la era global radica en comprender que la permeabilidad de los espacios es parte del método de acción del poder hegemónico capitalista, en que aprovechando la tecnología de la información “se sirven de todas las redes y utilizan todos los territorios”<sup>187</sup> imponiendo una gestión que siendo de alcance global, contiene en su estrategia informativa un discurso de falso desdibujamiento de lo nacional, lo que en verdad es funcionarizado en una metodología de acción de múltiples diferenciaciones territoriales.

La acción sobre un espacio delimitado pero no cerrado, rizomática y fluida actúa sobre las jurisdicciones y estas pierden su rigidez supuesta, adquiriendo deslindes permeables. Una estrategia de reapropiación debe así actuar sobre lo local y lo cotidiano sin perder la noción de la totalidad y la globalidad, buscando la implicancia relacional. Cuando “cada lugar, cada subespacio, se define tanto por su existencia corpórea, como por su existencia relacional.... (y los) subespacios existen

---

<sup>186</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 138.

<sup>187</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 205.

y se diferencian unos de otros”<sup>188</sup> las estrategias adquieren a su vez disposiciones múltiples en que lo institucional es referencial y no el escenario, por más que sean de una influencia mayúscula. Precisamente porque en los despliegues estratégicos la acción ocurre a su vez sobre el lugar y sobre el espacio, esos sistemas de objetos y acciones, es que las metodologías de acción emancipatorias deben considerar siempre los lugares y los espacios para efectuar sus movimientos. Como también lo señala Milton Santos: “Hay espacios del mandar y espacios del obedecer”<sup>189</sup>, pero ni en ellos ni entre ellos el despliegue y la localización son homogéneos. En una lógica de soberanía jurídica dura esta es un continuo diferenciado solo jerárquicamente, en una noción estratégica y jurídicamente finalista adquiere un despliegue multivectorial de desarrollo y fuerzas en prueba. El tipo de ejercicio de poder es y puede ser diferente y hacer la diferencia. Una lógica rizomática y de movimiento no individual lleva en sí un despliegue en su potencia.

Actuar en lo local entonces es una acción directa no abstracta ni de repetición, sino de reapropiación. Trabajar en esa perspectiva implica en consecuencia una voluntad de acción que es voluntad de poder aplicada y no autonomía de voluntad abstracta, que adquiere como sentido una decisión de hacer suceder y no de cumplir imperativos. Se trata de un acto de destrucción creadora, una entropía que ocasiona su sinergia en el “destituir las esencias para sustituirlas por los acontecimientos como fuentes de singularidades”<sup>190</sup>, en que los sujetos, los conflictos, los elementos de la relación dejan de ser abstractos para adquirir concreción en esa lucha. Mientras la voluntad abstracta genera soluciones, una estrategia del acontecimiento general problemas. *El acontecimiento es por sí mismo problemático y problematizante* no en un sentido de categoría empírica sino de cuestionamiento y acción modificadora sobre las opacidades de la estabilidad propuesta y supuesta de lo formal. Al contrario de esa universalidad homogeneizante, en que siempre las acciones se dirigen y son dirigidas de una misma forma redundante, la acción directa del acontecimiento produce apertura de campos y de soluciones. “Solo se puede

---

<sup>188</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 217.

<sup>189</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 257.

<sup>190</sup> Deleuze, Gilles. *Lógica del Sentido*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2005. Página 85.

hablar de acontecimientos como singularidades que se despliegan en un campo problemático, y en la cercanía de las cuales se organizan las soluciones”<sup>191</sup> nos recuerda Deleuze, de modo que la atención sobre éste – a su vez - nivel y posibilidad de la acción provoca la apertura de la abstracción a la posibilidad de la concreción de lo múltiple requerido para la satisfacción de las necesidades.

Si como hemos sostenido ya más de una vez, al contextualizar a los sujetos, el individuo no es separable de su mundo, las acciones que realice sobre él, desde su subjetividad plenamente dispuesta pueden afectar la totalidad del desarrollo de los acontecimientos. No es casual que la democracia burguesa surgida de las revoluciones liberales - francesa y norteamericana - se sustente en una generación de las decisiones por representación de los ciudadanos a afectar. Se trata de una estrategia de ciudadanía pasiva que aleja y separa a los sujetos de las decisiones y por lo tanto de su soberanía sobre su entorno. “La representación suple regularmente la presencia”<sup>192</sup> y quien no está presente carece de verdadera voluntad de decisión. La participación sin decisión es un espejismo más.

¿Cómo se habita en un mundo ininteligible, sensorial, espacial, cotidiano, real? La medida de éste mundo no puede ser la razón ni la técnica abstracta y representativa sino la acción participativa. Ese mundo vive en el espacio de lo próximo, muta y se potencia no en el acto jurídico, soberano, legislador; sino en el acontecimiento que se aproxima a la suma de respuestas posibles por recreación de ensayo y error, por la participación en lo vivo y en la vida. “Solo el acontecimiento tiene el poder de *dissolver* las estructuras habituales que constituyen nuestros hábitos y rutinas –esas creencias que hacemos ingenuamente valer por pensamientos; asimismo, solo el acontecimiento puede ser corrosivo de una estructura social rígida y resecada en la que los hombres ejecutan –lo quieran o no lo quieran- un cupo limitado de papeles sociales que esa misma estructura ensambla, anuda”<sup>193</sup>. Sin ese

---

<sup>191</sup> Deleuze, Gilles. Op. cit. Página 87.

<sup>192</sup> Derridá, Jacques. *Margenes de la Filosofía*. Ediciones Cátedra. Madrid. 2003. Página 354.

<sup>193</sup> Trías, Eugenio. *Filosofía y Carnaval*. Editorial Anagrama. Barcelona. 1984. Página 98.

rompimiento no hay subjetividad ni sujeto ni emancipación de éste. Frente a la mudez de la abstracción habla de los acontecimientos de los actores, frente a la instalación del sujeto formal movimiento de los sujetos en movimiento, ruido de los movimientos sociales, “entendiendo que una sociedad se enriquece y hacemos sustentable mientras mejor exprese las distintas miradas y aproximaciones frente a la realidad”<sup>194</sup>.

### **La acción directa es el modo del método.**

En lo sucesivo intentaré desplegar una metodología de razonamiento/acción que recoja estas bases de reflexión hasta acá expuestas.

### **Pensar y hacer de otro modo.**

¿Cómo pensar de otro modo?, ¿Cómo encontrar o construir respuestas, alternativas, opciones al sistema mundo que se nos impone?

La fuerza brutal con la que se ha impuesto la globalización y el neoliberalismo, la agresividad del despliegue neo imperial, el vértigo de las decisiones políticas y económicas ejecutadas en tiempo real a través del ciberespacio, la insuficiencia de los parámetros para analizar adecuada y a la vez críticamente, y responder a su vez con una velocidad suficiente a las acciones de dominación. La manifiesta inoperancia de los instrumentos para construir una alternativa total y global al sistema llega a apesadumbrar. Incluso a producir confusión. Acostumbrados a transitar en el paradigma del cual provenimos, llenos de conceptos, prejuicios, nociones y sentidos propios de la modernidad, enredados en las discusiones acerca de las denominaciones del tiempo que nos toca habitar, la confusión se expande: La

---

<sup>194</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua libros. Sevilla. 2005. Página 334.

discusión se manifiesta acerca de la validez de nuestras aprehensiones fragmentadas de nuestra propia realidad y nuestra capacidad de respuesta. ¿Usar metáforas en vez de certezas apodícticas y catalogables de científicas y exactas para no solo explicarnos el mundo, sino para movernos en él, y aún más, para cambiarlo? El desafío parece demasiado enorme para individuos aislados y que pretendan enfrentarlo como tales.

Los partidarios del modelo hegemónico, que en este momento histórico llamamos neoliberalismo, sistema de mercado, economía global o con cualquier otra denominación, que comparten su raíz individualista, contractual y capitalista, aunque la hayan expandido e intensificado a límites antes inimaginados, pueden diferir en las medidas concretas, en la mayor o menor velocidad y extensión de éstas, sin embargo coinciden en lo básico, en un sentido común que es a la vez fin y práctica de sus presupuestos: liberalización, comercialización, acumulación y apropiación contra todo límite y obstáculo que no sea la voluntad del propietario. La extensión del mercado, no ya como sistema de (auto) regulación del intercambio de bienes entre los sujetos sino como lógica total de la compra y venta de todo lo que existe y lo por inventar, se impone con una solidez tan aparentemente manifiesta que parece no dejar lugar a alternativas, máxime cuando el desplome del socialismo real da pie para la argumentación falaz de un modelo inaplicable frente a otro aplicable, único y triunfante.

Pensar de otro modo requiere pensar en cómo salir de esa trampa que consiste en la clausura de la mirada alternativa y su posibilidad. Se requiere una voluntad no solo para resistir y luchar, sino sobre todo para imaginar, para inventar, para combinar y recombinar los instrumentos, las experiencias y los ensayos de que disponemos.

Sostengo, con otros, como más adelante lo explicaré, que estamos en medio de una crisis que es sobre todo crisis de percepción, de incapacidad para salir de esa trampa que califica ciertos topois y descalifica otros desde una *neutralidad interesada*. La cuestión no es fácil si pretende abordarse desde las impugnaciones



que se hacen desde la ideología neoliberal o desde aquellos que se han sumado a ese modelo como el único posible y en el cual se debe actuar para corregir con ajustes técnicos sus desniveles y los desajustes de la realidad a sus recetas.

Denunciar y deconstruir las falacias argumentativas de la totalidad y de la imposibilidad son los primeros pasos emancipatorios. La primera cuestiona y desacredita a cada intento de crítica imputándole como obligación el dar una respuesta global a la sustitución del modelo. La segunda señalando que las alternativas que se ofrecen carecen de validez, bien porque los modelos a los que se parecen en la crítica del capital, fracasaron tras la caída de la Unión Soviética, o bien por qué no se han aplicada en ninguna parte. Ambas son falsas en cuanto a su posibilidad teórica y fáctica y es necesario actuar en contra de ellas.

La idea de la necesidad de un modelo social total es a-histórica, ya que se fundamenta en una suerte de designio natural del capitalismo moderno, como si de la nada se hubiese manifestado para llenar un vacío tras las antiguas formas políticas, sociales y económicas que alguna vez existieron en la historia. Olvida dicho argumento que el ascenso del paradigma moderno fue producto de un largo proceso de rompimiento con el monismo teológico y las ideas políticas del absolutismo monárquico, que requirió una acumulación de pensamientos y prácticas que se expresaron en revoluciones fracasadas y triunfantes, y que aún después de ellas requirieron otros largos periodos para consolidarse y hegemonizar. La segunda, el que toda opción es imposible, es igualmente falsa al instalarse fuera de la historia, pero además alienante, en tanto que plantea la clausura de la cultura humana, que el pensamiento nada más es capaz de dar, de inventar y de consolidar, planteando la misma hoguera de la inquisición de la que escapaba el racionalismo ascendente en los siglos dieciséis y diecisiete, a toda idea nueva: lo que es debe ser, lo que no ha sido no puede ser jamás, ni total ni parcialmente.

Romper con ellas, superándolas, trascendiéndolas, o traspasándolas como propone la meditación zen, requiere no solo voluntad e imaginación sino un ejercicio práctico; una acción que movilice las energías que se despliegan en el intento de

pensar lo diferente y que permitan encontrar las fisuras, los pliegues de ese muro e instalarse paulatina, sostenida y positivamente no solo al otro lado de éste muro, sino que en ese proceso de constitución. Esa actitud intelectual es a su vez una actitud práctica, fáctica, la cual no puede hacerse desde la abstracción sino que requiere de una materialidad y una finalidad precisa, lo que se consigue teniendo como inicio del movimiento algo más urgente que una teoría: una metodología.

Para obtener entonces un acercamiento a un paradigma distinto al de la modernidad, propongo hacerlo a partir de una metodología acumulativa e integrativa de cinco pasos, que permitan ir comprendiendo, aprehendiendo y constituyendo ese pensar de otro modo: que son los siguientes pasos:

1. Hacer visible lo real.
2. Cambiar la mirada.
3. Pensar de otro modo.
4. Cambiar la emocionalidad.
5. Cambiar la interacción.

1) Hacer visible lo real.

Volvemos nuevamente al momento de la realidad, para decir esta vez que ella es un enunciado, pero no una definición. No es un momento ni un hecho dado, sino que podemos describirla prácticamente como un **estado-situación-proceso en mutación y construcción permanente**, constante, pero no lineal, múltiple, incluso contradictoria.

De hecho, cada vez que nos enfrentamos a un problema no puramente teórico, nuestra principal dificultad sobre la realidad es determinarla.

Se trata de un problema no menor, que informa el objetivo formal mismo de las ciencias: la determinación de la realidad, de la existencia como algo material o a lo menos perceptible y que pueda ser establecido como un objeto “preciso” y estable sobre el cual observar, analizar, discutir. “El principio de incertidumbre según el cual es imposible calcular simultáneamente la velocidad y la posición de una partícula no es privativa de la física. Lo mismo ocurre con la imposibilidad de evaluar a un tiempo la realidad y el significado del acontecimiento en la información, de diferenciar las causas de los efectos en un proceso complejo”<sup>195</sup>. Este problema se ha transformado en una dificultad cotidiana y esencial sobre nuestras posibilidades de construirnos socialmente en la inclusión y no en la exclusión.

Para actuar sobre nuestro entorno, nuestras carencias/necesidades y sus soluciones posibles, para construirnos como sujetos activos e instituyentes, nos enfrentamos a esa misma dificultad. Nuestro principal problema para pensar y actuar en una perspectiva de construir calidad y dignidad de vida próxima, local, nacional y global es que sufrimos una verdadera crisis de percepción que nos impide ver las causas precisas, los responsables y los caminos de solución de nuestros problemas. El asunto es doble: por un lado nuestra propia ceguera y límites y/o carencias de instrumentos y mecanismos de mirada; por el otro la invisibilización de las causas de los problemas sociales por parte de quienes originan, se apropian y reproducen las causas de las necesidades y cortes/conflictos que afectan nuestras perspectivas de desarrollo.

Por una parte estamos situados en medio de una crisis de paradigmas que contribuye a engeguernarnos frente al modelo de desarrollo hegemónico, a la episteme que marca la trama social, una crisis de sentido común para situarnos y movernos en lo que llamamos realidad. Adoctrinados sobre la idea de una verdad que solo es aprehensible mediante los instrumentos y procedimientos formales de la ciencia ejecutada por “especialistas” (de las ciencias, las técnicas, la política, el

---

<sup>195</sup> Baudrillard, Jean. *El Intercambio Imposible*. Ediciones Cátedra. Madrid. 2000. Página 26.

derecho), perdemos de vista nuestro entorno, pendientes de la verdad que se encuentra en otro lado, al alcance y dicha por otros. Si quienes saben y observan son otros, degradamos y trivializamos nuestra propia capacidad de mirar y en consecuencia actuar y cambiar aquellos que entorpece o impide nuestro desarrollo. Como señala Antonio Elizalde “Nuestra Mirada sobre la realidad se constituye a partir de mapas que describen un tipo de territorio, que si bien no se corresponden totalmente con el tipo de vivencias que constituyen nuestro operar en el mundo, sin embargo nos resultan extremadamente seductores, por el escaso nivel de exigencia y rigor que nos demanda su aceptación.”<sup>196</sup>. De ésta forma, el paradigma de la cientificidad y la verdad única y formal nos aísla, nos quita protagonismo y nos impide ver las cosas de otra forma que la que está dada. Perdemos no solo enfoque sino apertura hacia lo múltiple, lo local, lo diverso, lo otro.

Por otro lado, se nos coloca en un punto ciego que refuerza esa crisis general en una suerte de victimización secundaria. El sistema global y expansivo del capital, con su información y el pensamiento único propiciado por el neoliberalismo se impone reforzando la lógica de la abstracción universal, de la verdad global como construcción de todos los espacios de actuación, que gravan nuestra realidad como si esta fuese un desfase frente al modelo de sistema mundo que se nos propone y no al revés. Se trata de un verdadero secuestro de la realidad que nos descentra en nuestra posibilidad de conocimiento y acción. “Tendemos a reflexionar sobre los diferentes absolutos que predicán un ser al margen de lo que realmente somos”<sup>197</sup>, enajenándonos, expropiándonos de nuestra subjetividad posible. La afirmación permanente de ese discurso del pensamiento único obscurece las redes de construcción de las situaciones sociales e institucionales que producen y albergan y las carencias y necesidades de esos otros fuera o alejados de esa verdad de progreso global que somos. Se nos repite tanto y permanente una verdad de imputación<sup>198</sup> sobre como es el mundo óptimo que se pregona, que acabamos

---

<sup>196</sup> Elizalde, Antonio. *Desarrollo Humano y Ética para la sustentabilidad*. Santiago. PNUMA- Universidad Bolivariana. 2003. Página 34.

<sup>197</sup> Herrera Flores Joaquín. *Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal*. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000. Página 31.

<sup>198</sup> En el sentido dado por Kelsen a la norma como imputación de un deber ser que termine por constituir por amenaza de sanción la realidad.

creyendo y aceptando que así es, y adaptando nuestros comportamientos a ese parámetro dado, aún a costa de un malestar vivencial permanente. El tamaño y la fuerza de esa imposición por abstracción de la realidad desde y hacia un discurso de uniformidad, termina afectando nuestra propia estructura de construcción neurológica<sup>199</sup>, ritualizando nuestros comportamientos, sometiéndonos a una repetición de las conductas y la forma de mirar que nos enceguece respecto de nuestra posición y disposición en las estructuras y narraciones de lo real.

La primera acción sobre la realidad para transformarla, para hacer que los derechos en la cotidianeidad sean una realidad más allá de los enunciados formales, para realizar un acto instituyente de los sujetos como sujetos constituyentes de sus propios derechos y de su propia realidad, es precisamente romper ese doble bloqueo de que he hablado. Se requiere pasar por sobre nuestras propias limitaciones de percepción y ser capaces de observar y no solo de mirar; pero también desbloquear esa situación de opacidad de nuestro entorno a la que se nos somete. Se trata de sacar a la luz las situaciones en que nos encontramos, las tramas en que nos desenvolvemos y envuelven. No se trata solo de exponer un estado, una situación, un proceso, con pretensión de objetividad, como en una fotografía en la mesa de un cientista social, sino que de una acción más profunda y generadora de sentido. Se trata en verdad de develar las situaciones, de hacer visibles las causas y los causantes de ellas, sus nudos de mantención y perpetuación para actuar sobre ellos.

---

<sup>199</sup> Resulta muy interesante mirar, desde la óptica de la biología del conocimiento y la conformación de nosotros como especie, el como esta entidad biológica que somose se desenvuelve, en lo que Humberto Maturana y Francisco Varela llaman **Unidades de Tercer Orden**. (Al respecto ver: Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *El árbol del Conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires. Editorial Lummen. 2003), los efectos que el discurso y el poder dominante en la era de la globalización neoliberal provocan sobre la comprensión y los comportamientos de los humanos, en tanto seres sociales. Al respecto, en su libro “Desde la biología a las Psicología”, Humberto Maturana escribe que “El desarrollo de la neocorteza como un centro generalizado de integración y correlación sensorial, al que se subordinó el complejo sistema de coordinación motora (estrío-talámico), libero a mi juicio, a los mamíferos de la extrema ritualización del comportamiento que se observa en reptiles y aves e introdujo, tanto a través del olfato (Esterland y Cols., 1963), como de la visión, la relativización del proceso de integración sensorial” (Pág. 154). Sin embargo, en la contradicción planteada entre discurso abstracto y generalizante de las elites dominantes y la conducta diaria de sumisión de grandes masas de seres humanas a un proyecto que cultiva la aporía entre el malestar vivencial de carecer de lo necesario y la supuesta bonanza de participar del sistema global, parece pertinente preguntarse si al imponer y convencer a éstas unidades de tercer orden que somos hacia la ritualización del consumo, no se estará en presencia de una verdadera forma de ruptura de la evolución neurológica específica de los seres humanos y una involución hacia entidades repitentes que siguen patrones externos sin razonar sobre su conveniencia y sustentabilidad.

Ya hemos dicho sobre la realidad y sobre las relaciones que ellas de alguna manera deben hacerse existir, que no basta con que sean pensadas ni que se queden en la trivialidad de lo ritual, de la repetición. Lo que no se ve no existe, el no hacer es un no estar, lo que no se dice no está, no es siquiera discurso. Las acciones, los pensamientos, los discursos, las prácticas que no se apropian del mundo, que no innovan sobre él y recomponen estrategias a cada instante son una apariencia de hacer, esas repeticiones en realidad es un tartamudeo que no dice nada, una glosa reproductora del discurso esencial de dominación. Por lo tanto el ejercicio constante de la visualización de lo real es de una necesidad que tiene por ribete lo indispensable.

Mirar, observar, analizar, volver a mirar, elevar y relevar la realidad, las constantes de las relaciones, sus nudos, denunciar los discursos que encubren ideológicamente los datos de realidad. La actividad permanente de trabajar sobre conflictos y no sobre temas, sobre sujetos y contextos delimitados y no sobre entes abstractos o marcos discursivos abstractos y/o cerrados, como el normativo. Colocar la mirada en lo contextual, levantar la información disponible, ordenarla de una forma distinta a la enunciación taxonómica, a la repetición de las pautas normativas, desarrollar reordenamientos que impliquen ejercicios de mirada sobre los sujetos, las fuerzas en desarrollo, el despliegue de las relaciones, los dispositivos teóricos. A eso llamaremos hacer visible lo real.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> El origen de éste planteamiento se encuentra en dos ejercicios prácticos que me ha tocado realizar, en un doble acto de deconstrucción y construcción a su vez, y que me llevó a teorizar sobre los resultados prácticos de enfrentar la crisis de percepción. El primero dice relación con mis asesorías como abogado de diversos sindicatos, en que la principal dificultad a la hora de formular reclamos por incumplimiento de derechos laborales por el empleador consistía en saber exactamente que y quién los vulneraba. Para trabajar sobre ello se propuso “cruzar” el organigrama de producción de la empresa con su estructura funcional de mando, de lo que se obtuvo una precisión acerca de cual era la el incumplimiento, la causa y el responsable, lo que permitía efectuar una denuncia ante el organismo administrativo con una precisión que mejoraba el acceso del fiscalizador a las fuentes de información para corregir y/o sancionar el incumplimiento. La segunda situación forma parte de una discusión *valórica cultural* de la sociedad chilena, en que a los jóvenes se les imputa la obligación de permanecer inactivos sexualmente antes del matrimonio por un discurso religioso conservador que *se hace carne* en la operación de la paternidad por los adultos a su cargo. Estos los instan a la inactividad sexual sin mayor explicación y sin hablar de sexualidad abiertamente, trocando el tema en un asunto sucio y oscuro. En mis discusiones con jóvenes expongo a sus padres develando el hecho de la virtual virginidad de éstos, haciéndolos contar los meses de gestación entre la fecha del matrimonio y la de nacimiento del hijo primogénito; como resultado, generalmente éstos parecen haber nacido con sorprendentes 3 a 5 meses de gestación. El mito de la inactividad sexual cae por sí solo y la discusión se sitúa en torno a la ruptura de la imposición moral y la culpa

## 2) Cambiar la mirada.

No basta sin embargo con hacer visible lo real para provocar cambios. La sola mirada de la realidad no garantiza una mejor posición respecto de ella, sino incluso puede significar una ceguera de distinto tipo. Como señalaba Gregory Bateson “Los órganos humanos únicamente pueden recibir noticias sobre diferencias, y esas diferencias para ser perceptibles, deben estar codificadas en sucesos que acontecen en el tiempo (o sea, deben estar codificadas en cambios)”<sup>201</sup>; sin embargo dada la tendencia a la ritualidad y al acomodamiento, resulta fácil volver a perderse en esa trama “debido a que los organismos se habitúan”<sup>202</sup>.

En consecuencia, no basta mirar el todo o solo la diferencia, se requiere de una mirada que indague en los límites y vértices de esa realidad, que se infiltre en ella, esforzándose por situarse no en la totalidad generalizante sino más bien en una acción de integración del todo y las partes. Se trata de pasar de lo uno a lo múltiple, pero también de lo dado a lo deseable, de lo posible a lo querible, de lo formal a lo contextual. Desbloquear el proceso racional, cultural, antropológico y político de ceguera de percepción requiere iniciar el acto, pero también continuar e inmiscuirse en ese devenir.

A mi juicio ello entraña tres procesos simultáneos que explican esto que he denominado cambiar la mirada:

---

orientándola hacia el asunto de la responsabilidad en el cuidado propio y del otro. En ambos casos la irrupción de la realidad implica una ruptura epistémica que abre un proceso de acción hacia la emancipación.

<sup>201</sup> Bateson, Gregory. *Espíritu y Naturaleza*. Buenos Aires. Amorrortu Editores. 1990. Página 64.

<sup>202</sup> Bateson, Gregory. Op. cit. Página 86.

En primer lugar, hay que aprender a observar los fenómenos desde una perspectiva de la pluralidad, **pasar de lo uno a lo múltiple**. Se hace imprescindible reeducar la mirada, disponer el pensamiento desde una perspectiva que acoja la pluralidad y no la unicidad. Pasar de la realidad como instante y objeto a los fenómenos como procesos y entrecruzamientos; de las fuentes únicas a la pluri-producción de lo real; de las verdades completas, reveladas y totales a la constatación del acierto/error/experiencia como ejercicio de producción del yo, el otro y lo social; de la mono causalidad a la complejidad. Se trata de un proceso de deconstrucción/construcción político, antropológico, científico, contracultural y vivencial para resituarse en el entorno. Como señalaba Edgar Morin “La ontología de occidente estaba fundada sobre entidades cerradas, como ser la sustancia, la identidad, la causalidad (lineal), el sujeto, el objeto”<sup>203</sup> y de lo que se trata es de romper precisamente con esa construcción de lo unívoco y lineal para observar las cosas en su pluralidad y complejidad. Lo que queremos ocurra muchas veces ya está ocurriendo, solo que es nuestro prisma el que no logra captar esa totalidad ni integrarla. No hay transformación en lo lineal, solo montaje.

En segundo lugar, se requiere **mover la mirada desde lo individual a lo colectivo**. Aprender a observar ya no los espacios, las situaciones y los procesos sociales desde el individuo sino desde el colectivo, desde el entrecruzamiento sinérgico de los individuos y la sumatoria de sus posibilidades. La idea de individualidad, los resultados de construir una sociedad en base a ésta idea, de la domesticación de la mirada para observar y analizar todo desde éste prisma individual se encuentra poderosamente arraigada. El individuo, como concepto y como dispositivo es la clave de todo el edificio de la modernidad liberal y su forma de enfrentar la satisfacción (o no satisfacción) las necesidades sociales y de organizar la acción y reproducción del modelo social, aún a costa de la dignidad y necesidades de los/las sujetos/as. Dividir, fragmentar, ordenar, controlar, clasificar, burocratizar y estandarizar es la forma de la construcción social y la práctica sistémico-política: “El sistema produce individualización, pero no individualidad, pues su referente es el

---

<sup>203</sup> Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona. Editorial Gedisa S.A. Séptima Edición. 2004.



comportamiento y no la acción, el obrar intencional”<sup>204</sup>. Una práctica jurídica y social que pretenda plantearse como distinta a una tradicional, que sea un instrumento de satisfacción de las necesidades más allá de la formalidad, requiere necesariamente plantearse desde un principio en una observación y acción colectiva y no formal de construcción de los sujetos. “Entre la forma del sujeto y la realidad del individuo se abre un abismo”<sup>205</sup>, de manera que cerrar ese abismo implica mirar, tener presente en la mirada inicial la necesidad de lo colectivo como punto de inicio, de proceso y de llegada. No es posible imaginar nuevas prácticas si no se trasciende de los parámetros individuales, como necesidad y como opción. Contrariamente a la disociación que produce la concepción liberal, se trata de religar socialmente los sujetos: “No tenemos libertad para existir meramente en la vertiente de nuestro yo, de nuestra identidad, ni tampoco solo en la vertiente del mundo llamado real. Todo nos viene de esta adversidad, de esta complicidad gemelar. El destino se comparte, como el pensamiento, que nos viene del otro. Cada cual es el destino del otro. No existe el destino individual.”<sup>206</sup>

En tercer lugar, al pasar de lo unívoco a lo plural y de lo individual a lo colectivo, necesariamente esa mirada debe descubrir **parámetros distintos de medición y acción que el individuo**, adoptando otra finalidad a la formal liberal, que desde su mirada hasta los razonamientos y acciones posteriores se verifiquen siempre en lo plural y en lo colectivo.

Los planteamientos de raíz liberal, incluso en sus vertientes sociales (socialdemocracia, social cristianismo) adoptan siempre como puntos de partida y como parámetro de medición de su conducta la medida de lo individual, produciendo

---

<sup>204</sup> Barcellona, Pietro. *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1992. Página 33.

<sup>205</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 139.

<sup>206</sup> Baudrillard, Jean. *El Intercambio Imposible*. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.). Madrid. 2000. Página 87.

a lo más integraciones por agregación<sup>207</sup>. Cambiar la mirada implica ir desde las constataciones a las acciones más allá de lo individual, construir un pluriverso (versus un universo) no desagregado sino integrado de mirada pensamiento colectivo, plural y diverso.

En nuestra perspectiva, cada vez que se ejecuta el acto de mirada se requiere atender a un complejo proceso de localización relacional del sujeto: su contexto, los espacios y tiempos que lo involucran, las relaciones de género, etnia, matriz cultural y/o religiosa, generacional, etc. No basta con situar al sujeto, individualizarlo y establecer su conducta y sus necesidades o requerimientos inmediatos, sino de hacer de éste paso de mirada solo uno dentro de un movimiento integrado de relaciones. A la manera de lo que señala el principio de incertidumbre<sup>208</sup>, respecto de la imposibilidad de fijar definitiva y unilateralmente una partícula, en que a razón de con cuanta mayor certeza se busca en determinar la posición de una partícula, menos se conoce su cantidad de movimiento lineal, podemos pensar el problema de la multilocalización del sujeto no se satisface con fijar arbitrariamente y por decisión heterónoma su lugar presente y futuro, sino por asumir una mirada, un procesamiento de su situación y mecanismos de resolución probabilísticas de determinación de lugar y devenir a la vez, incorporando la complejidad y la indeterminación como fundamentos de aproximación y no de certeza inamovible. No basta con señalar que un individuo se encuentra en tal o cual estado, o en tal o cual lugar o es hombre o mujer, ya que cada agregación de relaciones y procesos culturales en los cuales se inserta y participa, desde donde y como se despliega e incluso cuando es objetivado heterónomamente, determinan un conjunto de factores amplios que deberán considerarse en la mirada y en las decisiones que éste tome o

---

<sup>207</sup> Tal como pretendemos mostrarlo en la quinta parte, incluso la teoría de las necesidades de fundamentación marxista opera sobre una noción de escasez y resolución colectivista que sigue presa dentro de la lógica de agregación que es basalmente individual.

<sup>208</sup> Al respecto, como un resumen básico de comprensión del problema puede consultarse [http://es.wikipedia.org/wiki/Principio\\_de\\_indeterminaci%C3%B3n\\_de\\_Heisenberg](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n_de_Heisenberg), visitado el 22 de Junio del 2008. Dentro de éste trabajo se hace también una mención al respecto en la cita a pié de página N° 49 de éste capítulo. Desde una perspectiva estética se sugiere escuchar la canción del cantautor español Ismael Serrano, llamada “Principio de Incertidumbre”, contenida en el CD-DVD Teatro Lope de Vega (Madrid), fecha de grabación: 8 y 9 de septiembre de 2003, Polygram.

que, en el caso del derecho, se usen para establecer su condición de subjetividad y su potencial de asumirla.

Aprender a trabajar con lo múltiple es un desafío que rompe con la matriz y el método cartesiano de la ciencia y binario del pensamiento formal abstracto, laico o religioso. Así por ejemplo, cuando las feministas denunciaban las múltiples opresiones que conjuntamente podían afectar a una misma mujer (mujer, pobre, sin educación, negra, lesbiana, joven o anciana, discapacitada, etc.) acertaban al señalar que en realidad no se trataba de un conflicto de solución simple, sino que requería esa mirada compleja para resolver los cortes/conflictos que afectaban a las sujetas. Para un derecho que se diga materialista y finalista el comprender ese punto de mirada complejo es fundamental, de manera que de la denuncia se pase a la construcción de mecanismos de resolución también múltiples, en que las condiciones concretas y co-concurrentes de opresión puedan convertirse sinérgicamente en posibilidades de resolución.

Mirar de otro modo ayuda a pensar de otro modo.

### 3) Pensar de otro modo.

Pero además de las consecuencias puramente cognitivas de adoptar otra mirada, plantearse el desafío de propuestas alternativas a los modelos existentes requiere superar, trascender y replantearse el paradigma moderno de la individualidad, de la separación, de la fragmentación, del progreso y la acumulación lineal.

Las opciones de más o de mejor de lo mismo han demostrado ya sus límites en los modelos de desarrollo sustentados en las nociones clásicas de la ciencia, la política, la economía, la administración y construcción de entornos sociales, diluidos en la esfera centrífuga del intercambio neoliberal, que ha acelerado hasta la

desarticulación los fundamentos mismos de la modernidad, desdibujando a su principal creación: el sujeto autofundante y formalmente constituyente.

En la esfera del derecho ha ocurrido - y como no si el modelo jurídico desarrollado es la forma y base misma del modelo social liberal - una cuestión similar: la lógica y los procedimientos formales, las estructura de los derechos como cartas o estatutos de facultades o garantías operables solo dentro las instituciones descritas han demostrado ya largamente sus límites. Los procesos de judicialización total, incluso aquellos que han dado resultados efectivos como el caso de *Manos Limpias* en Italia, no han resuelto los problemas de fondo del modelo de desarrollo y de la calidad de los entornos y las relaciones sociales y de poder que las reproducen. A pesar del uso de ésta última ratio de la vía judicial como recurso ético frente a los abusos del poder, no se ha logrado enfrentar las causas de cada conflicto más allá de su mono causalidad inmediata, en que las responsabilidades quedan limitadas a obligaciones civiles, administrativas o patrimoniales. Sin embargo los obstáculos al desarrollo y a la satisfacción de las necesidades de los individuos y las comunidades no logran removerse. La mayoría de las veces ni siquiera se plantea el problema de las causas constitutivas de los fenómenos, permaneciéndose en el enunciado de sus detonantes inmediatos.

Enfrentar el problema de los derechos humanos como un acto no restringido a la individualidad, incluso como una necesidad de renovación técnica respecto de las vías formales de resolución, requiere pensar el asunto de formas distintas a las hasta ahora admitidas, legitimadas y potenciadas desde las instituciones. **Pensar de otro modo requiere un cambio no solo de métodos sino de paradigmas y su integración.**

Si entendemos un paradigma como un sistema, un modo y condiciones del pensar “que da origen a una Weltanschauung o cosmovisión, a una mentalidad e ideología específicas, a un Zeitgeist o espíritu del tiempo, a un paradigma científico, a cierto grupo de teorías y, en último término, también a un método y a unas técnicas o estrategias adecuadas para investigar la naturaleza de una realidad natural o

social”<sup>209</sup>, podemos entonces decir enfáticamente que no es posible traspasar el muro de realidad concebido que se nos impone, en el que nos desenvolvemos, sin superar a su vez ese paradigma. Parece una tautología pero no lo es. Pensar las cosas de otro modo impone superar esa fragmentación, acumulación y sentido individual de la modernidad liberal.

En esa transducción, se trata de ejecutar “la *inversión del paradigma clásico* que se identificaba con la entropía y la evolución degradante, donde la relación causa efecto, en sentido unidireccional, constituiría su ley fundamental”<sup>210</sup> adoptando posiciones y disposiciones teórico- prácticas radicalmente distintas, de los presupuestos que se establecen como *normales* por el modelo liberal, que propicia una forma de acumulación por arriba los vínculos sociales, de la riqueza, del tiempo, del conocimiento, de la administración y del orden. Frente a una concepción de un orden social en que la vinculación entre sujetos se realiza por vía contractual; en que la riqueza se acumula en excedentes de riqueza que no se reparten sino tienden a la concentración, así como también sus mecanismos de intercambio; con una noción del tiempo lineal hacia el futuro, que desecha la vivencia del presente por una promesa de futuro (o la administra como culpa, salvo el consumo) y a su vez descuida los efectos ecológicos y sociales de futuro por la gestión actual de expansión de los negocios; erigida sobre una idea de ciencia y experticia que se centra en la técnica y en el saber erudito y oficializado y desecha, esconde o funcionaliza los saberes locales; ejercida en una concepción de lo público centrado en la administración burocrática de las instituciones y de los ciudadanos como usuarios; más una noción y gestión del orden como ausencia y/o control de la disidencia y el conflicto social, resulta necesario imaginar una inversión de ese orden para su reconstrucción.

Pensar en otro modelo de desarrollo en el cual construir los derechos, una cultura de los derechos humanos en la dignidad y una satisfacción integral de las

---

<sup>209</sup> Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En *Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 228

<sup>210</sup> Martínez Miguélez, Miguel. Op. cit. Página 236.

necesidades humanas mediante instrumentos, fines y redes distintas a las del consumo y el mercado, significa adoptar una idea de la sociedad en sentido absolutamente contrario. No se trata solo oponer lo colectivo a lo individual como una fractura definitiva, que aliene toda subjetividad, sino que de afirmar una estructura de valores, conceptos y relaciones sinérgicas, entrópicas y negaentrópicas distintas en su lógica y en su mecánica. Así como la construcción de la modernidad liberal en base a la configuración de un sistema de ideas y estructuras diferentes al antiguo régimen demuestra que, frente a un sistema social no capitalista como el pre moderno, un “sistema de satisfacción de las necesidades, fundado sobre las libertades individuales, presupone y comporta un nuevo ordenamiento de la reproducción social”<sup>211</sup>, un imaginario distinto requiere a su vez no solo una inversión, sino que una verdadera subversión de los elementos.

A la manera de la física cuántica con respecto a la mecánica newtoniana, que significó adoptar una otra y nueva concepción de la materia, el tiempo y la naturaleza, se requiere adoptar una nueva disposición de pensamiento, un nuevo paradigma que se replantee la relación entre materia, naturaleza y las relaciones sociales subjetivas, ínter subjetivas y colectivas; con una gestión de la administración, de la economía, de los procesos y del tiempo distintos. “En vez de eternidad, tenemos la historia; en vez de determinismo, la imprevisibilidad; en vez de reversibilidad, la irreversibilidad y la evolución; en vez del orden, el desorden; en vez de la necesidad, la creatividad y el accidente”<sup>212</sup>, lo que significa adoptar perspectivas, definiciones y decisiones que, aun cuando parezcan un matiz diferentes, son en su agregación y multiplicación radicalmente distintas.

No basta con retomar las viejas teorías e intentar su adaptación por tratarse de requerimientos de estructuras similares, sino que se requiere, rescatando lo esencial de ellas, des-pensarlas, repensarlas y reconstruirlas en un contexto no solo estructuralmente diferente sino con un sentido de orden de continuidad pero también

---

<sup>211</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 45.

<sup>212</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 77.

distinto. El contexto y el patrón moderno y, de alguna forma entrelazado socio culturalmente, de las ideas e ideologías del orden o emancipadoras que hemos conocido hasta acá, obligan a re visitarlas pero en una perspectiva obligadamente diferentes para re observar su eficacia. Como señala Miguel Martínez Miguélez: “Un nuevo paradigma exige el derrocamiento del viejo, y no precisamente una adición a las teorías precedentes”<sup>213</sup>, de manera que la sumatoria de las partes viejas de la experiencia y la evolución y la creatividad de los nuevos intentos constituyan una verdadera nueva gestalt, con condiciones, características, posibilidades de acierto-error y sentido propio.

Mirando de otra forma la realidad relacional, de manera completamente novedosa e incierta, no completamente asegurada hay pistas y claves de lo nuevo que aparecen. Parte de éste nuevo paradigma que está emergiendo radica precisamente en su emergencia, en su incompletud, en la falta de pretensión de totalidad como diferencia esencial con el paradigma moderno. Se trata de un proceso aún no hegemónico y por lo mismo contra-hegemónico, que en algún momento podría señalarse como constituido, pero que ya se encuentra en inicio y que parte de su relato es precisamente un proceso de delimitación constituyente a la vez actual, a la vez por venir. Con las características no del anhelo sino del deseo. Como lo señala Baudrillard a la manera del relato de los sueños: “En general, las cosas se hacen y después se organizan retrospectivamente en una idea de proyecto, en una idea de voluntad que sanciona a posteriori el acontecimiento de la misma forma que se construye el relato del sueño en el momento de despertar”<sup>214</sup>. A la emergencia de éste nuevo paradigma, a sus pistas y formas de constitución es que debemos estar atentos para capturar su emergencia y producir en él sentido. Lo que queremos pase ya está ocurriendo, pero se requiere individualizar, reconocer, asumir, activar y potenciar estas pistas.

---

<sup>213</sup> Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En *Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 246.

<sup>214</sup> Baudrillard, Jean. *El Intercambio Imposible*. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.). Madrid. 2000. Página 88.

Conscientes de esa conformación frágil y en proceso de éste nuevo paradigma emergente e imprescindible de promover y captura en nuestros relatos y acciones, es que me atrevo a enunciar de él al menos las siguientes características señaladoras y aún provisionarias en su integración.

**El carácter de proceso en permanente construcción es la primera y esencial característica de éste paradigma que está emergiendo.** Diríamos que puede apreciarse por las señales de agotamiento o crisis del paradigma actual más que por su nitidez de conformación. Un proceso que opera entre esa denotación de crisis, una cierta reconstrucción de las teorías y experiencias emancipatorias pasadas, pero integrándolas no desde la búsqueda de una totalidad opuesta, como intentó ser la *solución* de raíz marxista, para superponerse total y evolucionistamente al liberalismo, extremando su racionalidad, sino como una experiencia de construcción permanente basada en la emancipación como un ensayo de construcción de subjetividad, individual y colectiva, actual y constante. A ésta altura puede apreciarse, creo que con cierta claridad, que entre marxismo y liberalismo, a pesar de sus contradicciones manifiestas y radicales, existe una suerte de continuidad histórico-cultural y oposición dialéctica que fue subsumida por el paradigma de la modernidad y la resolución política de los años noventa del siglo veinte. Sin embargo, desde esa misma crisis se desprenden posibilidades de retomar esos conceptos y esas experiencias emancipatorias para dotarlos de un signo distinto, no ya desde la unificación en la verdad única sino en su articulación en la pluralidad y la diversidad de las propuestas y sujetos que concurren a los esfuerzos de emancipación. Se trata de un proceso complejo, inestable e incompleto a la vez, en producción dinámica y por lo mismo fuerte y posible<sup>215</sup>, que por una parte deja atrás la pretensión de totalidad racionalista y científica para resolver los

---

<sup>215</sup> Al respecto, frente a la pretensión de producir modelos sociales completos, totales y cerrados del paradigma científico (social) del paradigma moderno, la característica de sistemas abiertos y complejos es la apuesta misma de un nuevo “orden” centrado más en la coherencia del juego entre entropía y nega entropía que en una basado solo en el orden. Como lo señala “Miguel Martínez Miguélez, se trata de construir sistemas interconectados pero con la energía fluyendo permanentemente: “Cuando más coherente o intrincadamente conectada esté una estructura, más inestable es. Así al aumentar la coherencia se aumenta la inestabilidad. Pero, esta inestabilidad es la clave de la transformación. La disipación de la energía, como demostró Prigogine con refinados procedimientos matemáticos, crea el potencial para un repentino ordenamiento”. Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En *Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 236.



asuntos de todas las esferas sociales, pero también que se aleja de la pretensión de totalidad cultural que la mirada occidental ha pretendido imponer a todo el mundo y a todas las culturas, minimizándolas y colonizándolas, para construirse en una perspectiva de la diversidad, fragmentación y reconstrucción que le otorgue su sentido y coherencia en ese movimiento.

A su vez, y por ese mismo *estado* de proceso incompleto, no de progreso, en transformación y conformación permanente, éste paradigma emergente está, a pesar de sus definiciones e indefiniciones transitorias, más allá de las denominaciones simplificadoras y definitorias tradicionales o actuales pero de corte moderno. Sobre la ruptura o continuidad de la modernidad, más como época histórico política que como discusión acerca del paradigma moderno, se ha planteado en las ciencias sociales y en la filosofía del último cuarto del siglo veinte lo que denominaré como *disputa por el tiempo y la era*, que plantea la discusión en términos de si estamos en la modernidad o la posmodernidad, volviendo a *encerrarnos* en la lógica binominal de la superación y proyección lineal de la organización social, en una reanimada pretensión de imposición colonial de un modelo social, a ésta altura el neoliberal, global y sistémico.

Cuando se habla de posmodernidad como sinónimo de fin de la historia, de las ideologías, de la meta-relato, las utopías y, en definitiva triunfo del capitalismo, lo que en verdad se hace es imponer, también a través del lenguaje una *realidad* que se construye, entre otros *materiales* con ese mismo lenguaje. El problema no es menor y no puede soslayarse, para, precisamente, evitar caer en el juego de la lógica cerrada de la razón moderna y repetir el pensamiento binominal y la dialéctica de oposición de suma cero. Asumir el problema del lenguaje también en la perspectiva de la creación y no de la imposición, implica hacerse cargo de su carácter de instrumento que, según su uso, oscila entre la imposición de un discurso o la recreación de la metáfora como uso para el diálogo y la reconstrucción de los debates, de las opciones sobre la realidad.

Si “todo lo que es dicho es dicho por alguien”<sup>216</sup>, esos discursos de cierre de procesos son interesados y parciales. Evitarlos y asumir el hacer social en una perspectiva retórica y no impositiva resulta esencial. Un nuevo proceso cultural que apele a la dignidad como principio y fin precisa lenguaje de otro modo.

“El problema que plantea el lenguaje es el siguiente: ¿de qué manera *refleja* el lenguaje la realidad?, ¿que sentido tienen la noción de *reflejo* y la noción de *realidad*? Una descripción del mundo implica al observador que, a su vez, es parte del mundo.”<sup>217</sup>. Asumir que se trata de un paradigma de carácter emergente, implica señalar la existencia de éste nuevo paradigma como un dato de REALIDAD” que no puede soslayarse ni encubrirse solo en las discusiones explicativas e impositivas acerca de los tiempos y las eras. **Nombrar, decir, hacerlo hablar y no solo “denominar” éste paradigma es una acción estratégica y de creación.** “Por esto, el lenguaje es también nuestro punto de partida, nuestro instrumento cognitivo y nuestro problema”<sup>218</sup> a asumir, en una perspectiva de uso, de apertura, de afirmación de construcción de realidad en una perspectiva no lógico-racional sino de juego y de metáfora. En el lenguaje “jugamos juegos con palabras” decía Wittgenstein<sup>219</sup>, por lo que se trata de afirmar la emergencia y existencia neoparadigmática para afirmar lo propio, construyendo también desde las palabras escenarios para nuevas y nuestras declamaciones y campos de juego para otros juegos emancipatorios y no cerrados, racionalistas, individualistas y patrimoniales. La retórica del y en el lenguaje, como campo y posibilidad de reconstrucción de la realidad, de las opciones y de las soluciones, es parte esencial de éste hacer **“mas allá de las denominaciones de los expertos”** para abrir nuevos campos de realidad, de trabajo, de acción. “En general, la retórica científica tiene en vista utilizar

---

<sup>216</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires. Editorial Lumen. 2003. Página. 13.

<sup>217</sup> Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En *Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 242.

<sup>218</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires. Editorial Lumen. 2003. Página 13.

<sup>219</sup> Citado por: Martínez Miguélez, Miguel. *Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio*. En *Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 234.

apenas la prueba lógica y, por consiguiente, su principal característica es negar que sea retórica”<sup>220</sup>, transformándola en *verdadera*, en un saber impuesto por el poder de quienes controlan el debate y la emisión del discurso.

**Una característica esencial del nuevo paradigma es no negarse ni quedarse en las denominaciones, sino abrir la posibilidad de llamarlas de formas nuevas y múltiples, que rearmen el concepto a la manera de un cubo mágico, en un juego no frío ni lógico sino lúdico y emotivo.** La realidad no se conoce ni se construye solo por medio de metodologías cuantitativas y cualitativas<sup>221</sup> sino en y por medio de procesos participativos, abiertos y argumentativos. Hay entonces que asumir, desarrollar, ejercer y construir (se) en un discurso no impositivo sino argumentativo. “Es inherente al discurso argumentativo el hecho de que esa invención nunca será completa y nunca alcanzará un punto de irreversibilidad”<sup>222</sup>, lo que precisamente es la base para la reinvención constante de la realidad y no la repetición de una realidad global impuesta. Si como sostenía Wittgenstein “Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”<sup>223</sup>, nombrar y usar los nombres lúdica y metafóricamente en la afirmación de éste nuevo paradigma implica reapropiarse del mundo, desde la cotidianeidad y vecindad hasta la globalidad, reinstalándose en él soberanamente para participar en su construcción y reordenamiento.

Éste paradigma emergente no es ni moderno ni liberal.

---

<sup>220</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 113.

<sup>221</sup> Para decir las cosas inequívocamente, en una perspectiva de hacer visible lo real, debo señalar que me resulta extremadamente sospechoso como en la época del capital financiero, de las cifras como forma de aproximarse a las necesidades sociales para evaluar su costo y factibilidad, las ciencias sociales, y en particular sectores completos de la sociología, han devenido en verdaderos adoradores de las metodologías cuantitativas y su supuesta validez científica a toda prueba. Hablar sobre números no es hablar de la sociedad, hablar de encuestas no es hablar de política.

<sup>222</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer S.A. 2003. Página 125.

<sup>223</sup> Wittgenstein, Ludwig. Citado en Van Peursen, C.A. *Wittgenstein. Introducción a su filosofía*. Buenos Aires. Ediciones Carlos Lohlé. 1973. Página 59.

Es no moderno en el sentido que busca superar los límites de la razón moderna, ubicarse no desde el saber monista sino en perspectiva pluralista, que rompa con la lógica binaria y antinómica que ordena al mundo en pares opuestos (naturaleza/sociedad, civilizado/salvaje, bueno/malo, riqueza/pobreza, estado/sociedad, sujeto/objeto, razón/emoción, etc.) Pero además lo es en el sentido que no pretende ser, como ya dije, ni totalizante ni de una verdad universalista y única, centrada en la ciencia y en la ingeniería social de los expertos, sino que pretende construirse reconociendo los saberes locales, diversos, no formalizados; de la misma forma que no pretende ser capitalista al no centrar la producción de lo social en la economía ni en el intercambio lucrativo de bienes, a través del contrato como exclusivo y privilegiado vínculo social; ni liberal en el sentido de no sustentarse en una perspectiva antropológica individualista.

Así cómo es posible establecer que fue la conjunción de todos esos factores y ordenes, que se fueron superponiendo hasta configurar la matriz sociocultural de la modernidad occidental dominante, es posible visualizar una perspectiva distinta si deja de pensarse en forma binominal y dicotómica. A la larga, y a pesar que modernidad y capitalismo fueron procesos paralelos que solo en la era *global* de éste último parecen hacerse uno solo, su impronta es tal que requiere des-pensarse tanto la forma dicotómica cultural como la estructuración social que emerge de ella, abriéndola hacia terceros puntos de inflexión.

La confluencia de ciencia, técnica, lógica dicotómica y universalista, capitalismo y estado como forma *ideal e instrumental* de configurar un orden que hoy, a pesar de la disminución del Estado como seguro del sistema, permite entender muy claramente como hemos llegado a existir en el centro mismo de un modelo de crisis que se presenta como estado natural, pero que muestra rasgos de agotamiento que por sí solos no aseguran el cumplimiento de su quiebre, y que por lo mismo parece indispensable superar por otro paradigma no lineal ni acumulativo ni tensionante hacia la sola ruptura sino hacia una transducción de sus términos. En esa convergencia histórica, el hecho que “nuestra sociedad capitalista y burguesa se erija sobre la piedra fundamental del derecho de propiedad como dominio irrestricto sobre la tierra y los medios de producción por parte de individuos, explica porque no

puede imperar en ella otra forma de organización societaria que no sea la gubernamental: al dualismo propietario-proletario le corresponde el dualismo gobernante-gobernado”<sup>224</sup> que sin embargo nos mantiene presos de esa tensión, al punto que disuelve la posibilidad del gobernado como sujeto ciudadano y obliga a replantearse al sujeto constituyente y su soberanía no solo dentro de las relaciones económicas y políticas tradicionales.

Por lo anterior es que resulta tan importante pensar éste paradigma desprendiendo sus componentes de modernidad, en un proceso de revisión de aquellas partes que provocan tensión, recatando las experiencias que han resistido el efecto centrifugo de la modernidad capitalista, pero sobre todo instituyendo otras formas de relaciones sociales no contractuales, en espacios distintos a los del mercado y la burocracia, generando una nueva antropología de sujetos/as en comunidades vinculadas.

En los orígenes de la modernidad liberal, “asumir una antropología individualista para poner en marcha una nueva constitución social”<sup>225</sup> fue el motor y tarea de los principales teóricos y activistas de éste nuevo orden en construcción, de forma que constituir al sujeto como la piedra angular de un sistema permitiera construir un tipo de sociedad donde un supuesto contrato social servía de forma de desafectar a todos los súbditos, sobre todos a los comerciantes y propietarios, de los soberanos de las monarquías; en que la igualdad formal constituyó un presupuesto de las relaciones económicas, con la forma jurídica contrato reafirmando y articulando esa individualidad que a su vez, al separarse de los objetos que conocía y aprehendía, permitía también la desafección de los miembros de la comunidad de la naturaleza y su entorno y de la comunidad misma. La sociedad paso de ser comunidad a individuos en tramas jurídicas y económicas. “El contrato social, como base legitimadora de la separación entre la economía y la política, aparece siempre

---

<sup>224</sup> Cappelletti, Angel. *La Ideología Anarquista*. Santiago. Ediciones Espiritu Libertario. 2004. Página 81.

<sup>225</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 43.

como una fase posterior al establecimiento de las relaciones económicas”<sup>226</sup> y construye esta realidad social en que el sujeto es individuo y el individuo en su abstracción el sistema mismo, donde “El sistema es quien es propiedad; es el sistema el que produce ilimitadamente para el consumo y fuera de esto no conoce ningún otro criterio de organización de las relaciones humanas”<sup>227</sup>, de manera que en una verdad espectral, el individuo se vuelve consumidor expuesto a su capacidad económica de compra y por lo tanto debilitado en su supuesta función soberana. De manera incluso mucho más extensa y decisiva que afectar solo a individuos aislados, esta antropología performativa afecta y determina las relaciones de toda la sociedad, toda vez que “La abstracción destruye al sujeto, porque lo transforma en un producto de la relación jurídico-económica del contrato de intercambio monetario. La sociedad y la socialización se han hecho invisibles”.<sup>228</sup>

Pensar en un nuevo paradigma ni moderno ni liberal implica entonces crear, recrear, hacer visibles las redes y relaciones sociales distintas a las de las adhesiones a macro pactos sociales no suscritos, divorciarse del juego de contratantes y consumidores, abandonar el fetiche, su simbolismo y las remisiones inconscientes a que nos remiten y apelan como vínculo a la materia. Se trata de establecer sujetos y sujetas no universales ni abstractos sino concretos, en construcción y con aptitud y actitud para reconstruirse de forma permanente, en relaciones múltiples con su comunidad, de intercambio bio-psico-social y no solo reducidas a las de intercambio de bienes; no formales sino experienciales y relacionales, que vinculen a éstos sujetos con la naturaleza, con sus objetos de conocimiento, con sus entornos geográficos, con sus acciones económicas y con sus congéneres con quien establece relaciones. Se trata de construir imaginarios y técnicas de intercambio de bienes no en la lógica del valor de cambio sino del valor de uso; de vínculos incluso formales que apelen no a la igualdad formal sino a la igualdad real, sus necesidades de complementación, de equilibrio y de

---

<sup>226</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Las Lagunas de la Ideología Liberal*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal*. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000. Página 139.

<sup>227</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 134.

<sup>228</sup> Barcellona Pietro. Op. cit. Página 150.

responsabilidad mutua, cooperativa y colectiva; con una percepción, una conciencia y una acción responsable hacia ellos mismos y su entorno natural y social; con una fuerte actitud relacional, flexible, sinérgica y constructiva.

La racionalidad moderna que criticamos vuelve abstractas y funcionales todas las relaciones, entrega la construcción, los problemas éticos y políticos a soluciones técnicas y sin embargo politizadas por imposición de un estado de cosas y por ausencia de sujetos reales. Ha colocado a las personas en calidad de objetos y no de sujetos de su desarrollo. Trabajar en un sentido antropológico no individual implica imaginar un sentido de acción constructor de relaciones y no de aislamientos intersubjetivos a vincular formal e institucionalmente en una ciudadanía por mera representación pasiva y además inmersa económicamente en tramas de actos de consumo alienados. Más que reconstruir lazos de sociabilidad se trata de construir esos lazos en perspectivas colaboracionistas distintas a las fragmentarias del intercambio contractual económico o político, reforzando no la individualidad sino una subjetividad que sea identidad compartida y que conjugue lo público, lo privado y lo íntimo, desarrollada en redes de lenguaje y prácticas colectivas, tiempo social y espacio público. “Lo que parece requerirse es un fortalecimiento de los procesos estrictamente sociales que permiten transformar la diversidad de subjetividades en acción colectiva”<sup>229</sup>

Esta visión y acción plural, no universalizante sino valorizadora de las identidades locales en sus componentes propios y en sus relaciones nacionales y globales, constituyente y democratizadora impone necesariamente que ésta otra visión sociocultural sea **una mirada también diversa e integradora, no solo multicultural sino esencialmente intercultural.**

Como lo ha dicho Joaquín Herrera, “Cuando hablamos de “lo cultural”, pues, nos referimos al proceso que permite justificar, criticar, legitimar o rechazar el conjunto de relaciones dadas entre los seres humanos y la naturaleza, -tanto externa

---

<sup>229</sup> Foerster, Rolf. *Sociedad Mapuche y Sociedad chilena*. En *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, N° 2*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001. Página 115.

(naturaleza física) como interna (naturaleza psíquica)- y entre los diferentes grupos sociales que existen en un momento histórico determinado (naturaleza social)”<sup>230</sup>. Clarificar entonces las posibilidades del concepto permite precisamente dibujar un horizonte paradigmático diferente del paradigma moderno. La modernidad, como paradigma, es una construcción occidental que sin embargo se pretende universal y ha actuado en consecuencia, utilizando el instrumento Estado para imponerse hacia adentro y hacia afuera, mediante procesos imperialistas y colonizadores que tienen en común, hasta el día de hoy, imponer como único proceso racional de civilización una razón occidental monista, capitalista excluyente y militarista que es presentada como estado natural de la sociedad global en la era del fin de la historia. “Esa violencia cultural que divide al mundo entre los cultos y los incultos, entre los racionales y los irracionales, entre civilizados y bárbaros”<sup>231</sup> es a la vez una disposición de elementos constituyentes de una forma dominante de mirar y dominar el mundo, para reproducirlo predominantemente, ya que esa “desigualdad en el acceso a lo cultural deriva, tanto de las diferenciaciones en el proceso de división social, sexual, étnica y territorial del trabajo y de acceso a los bienes entre las clases y grupos sociales, como de los intereses estratégicos de poder y de dominación política y económica que nos sitúa a unos en posiciones de privilegios y a otros en situaciones de subordinación”<sup>232</sup>.

Pensar de otra forma implica entonces deconstruir y repensar la forma de esas relaciones, no solo para reconocer las culturas en una muestra de las expresiones disímiles o para hacerlas operar conjuntamente, como hasta ahora, en espacios físicos, políticos, mentales, ideológicos y psicosociales paralelos, pero que mantienen las divisiones relacionales de dominio y exclusión y/o las enfrentan o confrontan solo en el reconocimiento de la diversidad, sino que se trata de pensar nuevas y distintas formas de relaciones que asuman que la cultura es un punto de partida para una co-construcción de la realidad que establezca posibilidades de

---

<sup>230</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla (Andalucía). 2005, Página 37.

<sup>231</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 65.

<sup>232</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 65.



posición equitativas y cooperativas, de reconocimiento efectivo y no meramente formal, que provoque redes y relaciones efectivas y no coloniales, no dominantes ni excluyentes, sin privilegiar una forma cultural por otra sino que intentando articular puntos de consenso en la construcción de realidades con excluyentes y en procesos que permitan remover las estructuras materiales y culturales que impidan la satisfacción de las necesidades. **Pensar de otro modo no es pensar una mega cultura que las integre a todas sino metodologías que sean puentes de construcción en el sentido antes señalado.**

Pero además de reconocer el corte de la integración o exclusión cultural y las dominaciones que de allí emanan, **este paradigma emergente debe ser una paradigma no sexista**, es decir que asuma la pluralidad de la existencia desde la igualdad más radical de la conformación biológica y en una perspectiva del rescate y potenciación de lo que las feministas denotaron como **ética del cuidado ajeno**. Los aportes del movimiento feminista por la integración dicen relación con la superación de los binomios masculino/femenino y público/privado como formas de dominación transversales que atraviesan la totalidad de los órdenes sociales, de manera que se trata de un punto clave de pensamiento y acción.

Esta definición se refiere no solo a una redefinición de los roles de género y la redistribución de las responsabilidades privadas, del trabajo doméstico o una valorización de los trabajos de cuidado y protección que la economía capitalista, centrada en la acumulación de capital esconde y desconoce, no obstante le sirve de base para su reproducción. De lo que se trata es de construir una perspectiva políticamente distinta al orden patriarcal de dominación, posesión y disposición de los más débiles; de construir un ejercicio del poder centrado en una ética finalista de dignidad, en que los fines y los medios sean respetuosos, cooperativos, emancipadores; “una ética que tiene como principio que lo privado merece el mismo respeto que lo público o, mejor, que lo público no puede ejercerse sobre el desprecio de lo privado”<sup>233</sup>. De ésta forma, rompiendo con la lógica binaria que al polarizar las

---

<sup>233</sup> Sendón de León, Victoria. ¿Que es el feminismo de la diferencia? En [http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria\\_sendon.html](http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria_sendon.html) visita 21 Junio 2008.

posibilidades esconde lo real, se trata de redibujar el mapa de las relaciones humanas, a partir del acto de ocuparse de sí a la acción de actuar en redes de cooperación y el cuidado del otro en todos los espacios sociales y no solo entregando éste cuidado a la familia o a las cada vez más difusas instituciones de seguridad social. Se trata de formar una conciencia de interdependencia en el cuidado y de auto cuidado para la interdependencia, en un proceso de reaprendizaje relacional a partir de uno mismo. Como señaló Foucault al final de su historia personal, un énfasis en la perspectiva social del ocúpate de ti mismo antes que el individualismo autorreferente del conócete a ti mismo, desvinculado de los intercambios en que nos encontramos, “por que al enseñar a la gente a ocuparse de sí misma, le enseña a ocuparse de sí misma con la ciudad”<sup>234</sup>.

**Trabajar en un paradigma no moderno ni liberal implica poner la participación, la solidaridad y la colaboración en el “corazón” de éste pensar hacer, no solo en los discursos.**

La participación es presentada como un valor de la democracia, sin embargo el carácter formal y representativo de ésta no produce el efecto requerido, ya que se limita el concepto a una arista que le quita su carácter productivo. Contrariamente a ser vista como un fin en sí mismo la participación se reduce a un mecanismo que conduzca a la toma de decisiones por otros, excluyendo a los afectados de su espacio vital (local, nacional, global). “El enfoque del concepto de participación y de la forma como nos hemos acostumbrado a referirnos a él en el fenómeno social y político del desarrollo de la sociedad, responde precisamente a una instalación de una manera de leer la participación en base a la lógica dominadora formal perteneciente al paradigma del patrón cultural individualista.”<sup>235</sup> Y sin embargo un nuevo paradigma requiere establecerla como un fin en sí mismo, que al construirse produzca nuevos resultados hacia el interior y al exterior de quienes realizan el acto

---

<sup>234</sup> Foucault, Michel. *Tecnologías del Yo*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1995. Página 52.

<sup>235</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Modelo de participación por afección: un modelo para el desarrollo de la ciudadanía local*. [www.revistapolis.cl/5/jac.htm](http://www.revistapolis.cl/5/jac.htm) visita 22 Junio 2008.

de participación, y entre diversos grupos o entidades abocadas a la construcción de sus derechos y satisfacción de necesidades humanas. Como señala Manuel Jacques se ha reducido el concepto a falsos satisfactores de participación, designando a la organización, la información o la movilización social como espacios y acciones participativas. Si bien es cierto lo son, poner a la participación como un fin en sí mismo implica un proceso de pensamiento también diferente, en que se construye un espacio distinto para éste concepto en el paradigma que emerge. “La construcción de este espacio del paradigma de inter-dependencia, que instituye la cultura del nosotros, importa el desarrollo de categorías éticas coherentes y correspondientes a este diseño inter-dependiente.”<sup>236</sup>. Entendiendo entonces la participación como un proceso en construcción, fin en sí mismo y que requiere articular categorías, medios y diseños propios, debemos entenderla **como un proceso esencialmente relacional y posicional, que se constituye en la medida que contiene esfuerzos parciales de información, opinión, expresión, movilización y decisión, articulado siempre en torno al criterio de decisión como elemento de cierre y completud del proceso**. Sin ésta integración, articulación y orientación de ella misma como un proceso finalista, no hay otro pensamiento.

**La solidaridad es otra clave de éste nuevo paradigma.** Pero no hablamos de solidaridad en términos de filantropía o caridad sino de **acciones de solidaridad**, entendida en el sentido de construir espacios sociales en donde se remueven los obstáculos materiales, políticos, ideológicos y culturales que obstaculizan la satisfacción de las necesidades. Fuera de la antropología individualista, no hay solidaridad sin interacción y sin interconexión solidaria para generar un estadio nuevo entre los sujetos que intervienen, distinto al estatus quo que origina la acción. La solidaridad no es un acto individual bancario de depósito de bienes en otros, ni una conmiseración o un apoyo moral a otro, sino que acciones que permiten promover y obtener situaciones nuevas y distintas a las que hacen el punto de partida del acto. Como lo demostró la historia del mutualismo y el sindicalismo obrero, las luchas feministas o por los derechos civiles interraciales, la verdadera

---

<sup>236</sup> Jacques Parraguez, Manuel. Op. cit.

solidaridad es aquella que sirve para transformar relaciones de injusticias y para crear una cultura de integración y co-implicación, que empieza en la implicación corporal y emocional en los procesos en desarrollo.

Pero ésta construcción paradigmática se traduce en toda una disposición epistémica y no solo retórica ni excepcional de integración: interculturalidad, participación y solidaridad, una práctica permanente, fundante, instituyente y constituyente de colaboración y cooperación. **Una nueva antropología no individualista supone el valor y la práctica de la cooperación como un elemento esencial.** “El ser humano puede asumir distintos comportamientos: tiene la posibilidad de enriquecer o de destruir, no sólo a si mismo sino también al ambiente en el que se encuentra; puede ser agresivo o no; puede ser competitivo o solidario, sin dejar de ser competente. El comportamiento es producto de los valores que socialmente recibimos desde los inicios de la vida, de los modelos que vemos y de los refuerzos o estímulos que recibimos por hacer o no ciertas cosas, somos producto de un proceso de socialización en el cual se nos enseña a valorar comportamientos constructivos o destructivos.”<sup>237</sup> La opción es por una socialización no acumulativa, competitiva ni individualista sino cooperante. Las prácticas que hasta aquí conocemos de cooperación, que se han resumido extraordinariamente bien en todo el material sobre los denominados *Juegos Cooperativos* enuncian una cultura que es ajena al individualismo, a la competitividad destructiva, a la apropiación del entorno y de los otros, al militarismo. Hay allí ciertamente no solo un enfoque cultural que emerge en contraposición con el paradigma moderno y la confusión entre éste y capitalismo, sino esencialmente una afirmación de otra cultura posible.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Pérez Olivera, Enrique. Juegos cooperativos: juegos para el encuentro. En <http://www.efdeportes.com/efd9/jue9.htm> visita 22 Junio 2008.

<sup>238</sup> Así por ejemplo, cuando se enumeran los principios que los orientan y los objetivos que se plantean en la educación con los niños, puede apreciarse toda una lógica distinta a la liberal individualista. El siguiente listado lo demuestra:

Principios que se desarrollan en los juegos cooperativos:

- En estos juegos los participantes ganan juntos o bien pierden todos contra un enemigo común.
- Los más hábiles aprenden a dejar espacio a los demás.
- Algunos de estos juegos pueden dar paso a un debate sobre el tema del juego.
- Se fomenta el aprendizaje de la percepción del bien común.

Participación, solidaridad, cooperación significan - en resumen - dos cosas que alteran la forma de organización jurídica y económica con que se han moldeado hasta ahora nuestras sociedades modernas:

En primer lugar, una organización social basada en la participación, la solidaridad y la cooperación implica concebir lo político y el poder de una manera distinta a la centralización y formalidad del control de las sociedades estatales modernas. No basta solo con discutir acerca del papel del estado frente a las políticas y necesidades públicas, sus posibilidades de acción frente a los flujos globales políticos y económicos o la forma de organización territorial y administrativa del Estado. Esas discusiones son, a pesar de la trascendencia administrativa, secundarias frente a las decisiones acerca de que es lo político, para que hacer política y como usar y producir flujos de poder en el sentido deseado. Frente a la lógica centralista y acumuladora de lo político en esferas profesionalizantes, en instituciones acentuadas hacia la burocracia y la toma de decisiones pospuestas, se requieren pensamientos descentralizados y descentralizantes, en sus perspectivas pero también en sus metodologías. Pensar organizaciones y acciones políticas en un nuevo patrón sociocultural implica optar por la descentralización y agregación de energías hacia los espacios locales, para privilegiar la construcción de los entornos

---

- Sirven para comprender que el bien común aunque haya que hacer algunas renunciaciones a deseos particulares, es un bien mas valioso y más estable que el bien individual, del que se beneficiara cada uno después.

- Ofrecen la capacitación para integrar a las diferentes personas.

- Dejar de vivir al otro como amenaza y centrar la atención en la suma de esfuerzos sin perder energías en la competencia y medida de los otros.

- El combate y la energía de la agresividad se utilizan para afrontar los problemas en lugar de competir entre sí.

- Son juegos para imaginar y crear soluciones de cooperación mas que para ganar solos.

Los juegos cooperativos pueden ayudar a los niños a:

- tener más confianza en sus capacidades

- tener más confianza en los demás

- desarrollar sentimiento, expresarlos, aceptarlos, transformarlos y a aceptar los demás

- vivir a los demás como seres complementarios

- permite espacio a los débiles y sentirse valorados como los demás

- sentirse responsable de sí mismo y de los demás

- superar miedos

- comunicarse positivamente con los demás

- gestionar los conflictos

- comprenderse a sí mismo y a los demás.

En: <http://www.terra.org/html/s/producto/juego/magatzem/sprj0000i.html> consultado el 24 de Junio del 2008.

desde allí, promoviendo y transfiriendo recursos y la toma de decisiones a esos espacios, abandonando la lógica centro periferia para hacer experiencias locales con proyección. De la misma forma, eso implica transferir real y efectivamente el poder hacia los ciudadanos, cambiando la perspectiva del control por la de la producción de canales para los flujos de participación y decisión. La administración no puede ser solo una definición cerrada de formas aprobadas centralizadamente, sino que debe flexibilizarse para producir permanentemente nuevos espacios de poder decisorio y concurrencia ciudadana. La administración no puede seguir pensándose en términos de lo público versus lo privado sino en espacios de afección.

En segundo lugar, pensar de otro modo lo social y las relaciones entre sujetos significa a su vez dispensar el orden cerrado y bajo control para revalorizar el caos y el conflicto. A diferencia de la sociedad panóptica que nos habló Foucault, que hoy más que nunca desconfía de todo aquello que vaya en contra de una cierta forma del orden público puesta al servicio de la organización económica capitalista global y financiera, hay que revalorizar el caos y el desorden como parte integrante de las relaciones sociales. A su vez y si bien es cierto generalmente el conflicto importa crítica y dosis de tensión e incluso violencia, el otro extremo es una ilusión imposible, de modo que de lo que se trata es de vivenciar y asumir el conflicto como posibilidad de reconstrucción del momento social que lo genera. Todo conflicto tiene causas, más allá de lo que se puede ver a simple vista o de las que se está dispuesto a aceptar, por lo que cabe más que nunca aquello de hacer visible lo real para involucrarse en las causas de los conflictos, atender a ellas y remover efectivamente los obstáculos que obstaculizan la satisfacción de necesidades, aún cuando ello prive o disminuya la ganancia monetaria.

Una visión no individualista ni economicista se plantea no solo recuperar las relaciones sociales como una fuente de responsabilidad hacia uno mismo y los demás, sino que alejándose de un sentido de control y deber traducible o en culpa o sanción, plantea reponer el concepto del placer en perspectiva social, pensionando la abrumada presencia de la obligación<sup>239</sup>. Fuera del consumo, en un sentido de

---

<sup>239</sup> ¿Pensar un derecho de obligaciones al placer incluidas en el vínculo?

apropiación de uno mismo, con el trabajo y el ocio no como opuestos sino como complementos, en espacios sociales contruidos a escala humana, que privilegien el encuentro antes que el desarraigo hay que reponer el placer de lo simple más allá de las separaciones a que desde la economía se le somete como fuente permanente de lucro alienado bajo satisfactores sustitutos como el consumo, la prostitución o la pornografía. Pensar una sociedad humanizada implica “sustituir el principio del lucro por el del placer y la meta del dominio por el de la creación”<sup>240</sup>

Por sobre todo, en consecuencia, para pensar otra ordenación la discusión debe trasladarse desde la cultura de los costes a la de las necesidades, de las estrategias y parámetros tecnocráticos a la discusión de los conceptos que constituyen las necesidades y los caminos para su concreción. Pensar otro paradigma es no solo invertir las cargas tributarias y de acumulación, sino invertir el sentido mismo de la discusión sobre necesidades y economía, colocando el acento en los satisfactores y su articulación para recrear alternativas y no en los bienes, pasando de la idea de una economía de la escasez a una de la sinergia.<sup>241</sup> Pensar de otro modo implica no solo imaginar o inventar nuevas alternativas técnicas para la redistribución de los bienes, sino que desplazar y reorientar la lógica de control de la naturaleza y disposición de los otros para hacer economía y sociedad. De alguna forma hay que des-occidentalizar también la lucha y concreción de las necesidades: “Debemos ir a la raíz misma de los fundamentos de la vida. Porque toda superficialidad en la ordenación de la vida que deja insatisfechas las más profundas necesidades, es insuficiente; equivale a no haber tratado siquiera de poner orden”.<sup>242</sup>

Pensar de otro modo entonces significa no solo un uso de los conocimientos y la experiencia puesta a disposición de las comunidades y los seres humanos

---

<sup>240</sup> Cappelletti, Angel. *La Ideología Anarquista*. Santiago. Ediciones Espíritu Libertario. 2004. Página 59.

<sup>241</sup> Al respecto sigo las nociones y conceptos desarrolladas por Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn en *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. CEPUR. Santiago. 1986.

<sup>242</sup> I Ching. Citado en Berman, Morris. *El reencantamiento del mundo*. Santiago. Editorial Cuatro Vientos. 1999. Página 277

concretos en su lucha de dignidad y satisfacción de necesidades, sino abrir un nuevo imaginario para el presente y el porvenir. A diferencia del paradigma occidental moderno de apropiación y disposición, no se trata de destruir sino de crear. “¡Solo Podemos aniquilar siendo creadores! Pero no olvidemos tampoco esto: que basta crear nuevos nombres, nuevas valoraciones y verosimilitudes para crear, a la larga, “cosas” nuevas”<sup>243</sup>;

Pensar de otro modo es hacer de otra forma. Amor fati de la implicancia efectiva y material en las relaciones.

#### 4) Cambiar de emocionalidad.

Pero hacer visible, mirar y pensar de otro modo resultarán ejercicios pueriles y carentes de sentido si, al igual que en el paradigma que muestra su agotamiento, se reduce a un acto de razón para ese cambio, a una enunciación de laboratorio o de reflexión y compromiso mental y no de práctica y relacionamiento personal y colectivo a la vez. Mantener la conducta diciendo que se piensa de otro modo es conservador, esquizoide y disociador. El caos rizomático no es disociador sino un equilibrio por descubrir. Por lo mismo es también insuficiente un mero compromiso de *buenos sentimientos* por las causas nobles o una *ira justificada* en contra de los abusos del sistema global, o una práctica social de la asistencia sin su triangulación con la realidad y los fines. Las posiciones que se ubican en una u otra disposición, incluso en una combinación de ambas sin integrarlas en un nuevo sentido, adolecen del mismo defecto: se ubican dentro del paradigma moderno de la separación, de la escisión, de la división mente/cuerpo, razón/sentimientos.

---

<sup>243</sup> Nietzsche, Friedrich. *La Gaya Ciencia*. Gradifco SRL. Buenos Aires 2004. Página 66



Abrir camino a nuevos paradigmas implica sustituir no sólo pensamiento, sentimientos o comportamientos por adecuación a las normas, sino cambiar la emocionalidad para modificar la conducta en **una nueva ontogenia creativa**<sup>244</sup> en relación con el entorno bio-social.

Hay una diferencia esencial entre el comportamiento como parte de un orden dado<sup>245</sup> y una conducta creadora de un orden distinto. Como señala Humberto Maturana “Se llama conducta a los cambios de postura o posición de un ser vivo, que un observador describe como movimientos o acciones en relación con un ambiente determinado”<sup>246</sup> y que a diferencia de meras repeticiones, su articulación en un sentido de adaptación por creación es lo que genera fenómenos sociales y no meros hábitos repetitivos de comportamiento. Si “Vamos a entender como fenómenos sociales a los fenómenos asociados a la participación de los organismos en la constitución de unidades de tercer orden”<sup>247</sup> podemos observar que precisamente el carácter de lo humano radica en realizar esos acoplamientos estructurales con su entorno produciendo interacción y ontogenia en ese proceso de relación y no de repetición aislada y subordinada al orden. Un emocionar creativo significa entonces implicación y relación adaptativo/creativa y no reiteración mecánica, diferenciándose de mecanismos, por decirlo en términos cibernéticos, triviales de segundo orden, recuperando lo humano, humanizando la vida no en un sentido moderno sino en un sentido radical, en un nuevo proceso cultural que abre los bloqueos dominantes de la modernidad capitalista y mecanicista hoy global,

---

<sup>244</sup> “Ontogenia es la historia de cambio estructural de una unidad sin que ésta pierda su organización”. Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires. Editorial Lumen. 2003. Página 49.

<sup>245</sup> Uso la expresión comportamiento en el sentido lato dado por la Real Academia Española de la Lengua en el sentido de definirlo como “manera de portarse”, en relación con el concepto de “Comporta” en cuanto canasto a llenar o molde para contener, que ciertamente hacen referencia a una forma ya establecido, a diferencia de la conducta que, además de la definición que se usa en el texto de ésta tesina en sentido de la biología del conocimiento, la misma institución la define como “Gobierno, mando, guía, dirección”, que implica una idea de creación y no de repetición. Se han usado las definiciones contenidas en: Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1970. Páginas 333 y 339.

<sup>246</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires. Editorial Lumen. 2003. Página 92.

<sup>247</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. Obra citada. Página 129.

provocando una “tendencia hacia la ampliación constante de lo humano más allá de los límites en los que los procesos ideológicos pretenden encerrarnos”<sup>248</sup>.

Los procesos de construcción de nuevos espacios, de nuevas metodologías y de nuevas relaciones sociales que logren romper y trascender los límites del paradigma hegemónico, requieren de un cambio de noción, de posición y de disposición frente a los conflictos, que signifiquen una comprensión vivencial y finalista, y no solo racional de los procesos. Sin un involucramiento más allá de los discursos y prácticas “consecuentes” con ese razonamiento de inicio, sin producir sentidos no lineales sino de coherencia, permaneceremos presos dentro de la lógica lineal y binominal en que es posible disociar público de privado, personal de colectivo, sin nunca religar las esferas de existencia del humano.

Se trata de una apuesta por cambiar la realidad no desde la enunciación de nuevas promesas, de otras normas programáticas, sino de cambiar la acción para esa construcción, lo que requiere síntesis, expansión y reorientación de razón y emoción. “Los conflictos humanos jamás se resuelven desde la razón, y en los casos en que parece haber sucedido así, lo que sin duda ha ocurrido es que en una u otra de las partes involucradas en el conflicto ha cambiado su emocionar, ya sea de manera consciente o inconsciente”<sup>249</sup>. **Cambiar la emocionalidad es entonces la necesaria puesta y propuesta para transformar la cotidianeidad.**

Toda transformación es transformación de lo que transforma.

---

<sup>248</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla (Andalucía). 2005, Página 25.

<sup>249</sup> Elizalde, Antonio. *Desarrollo Humano y Ética para la sustentabilidad*. Santiago. PNUMA- Universidad Bolivariana. 2003. Página 18.

## 5) Modificar las interacciones.

Parte esencial entonces de una nueva articulación social que se situó en una perspectiva distinta a la de la antropología individualista moderna, que supere el mito de la obtención del bien común por simple agregación de individualidades, radica en la formulación de formas de relación e intercambios diferentes, no solo denotativamente colectivas o comunitarias sino esencialmente interrelacionantes, interactuantes e interactivas.

Atrapados en medio de la tensión inmovilizante que divide el accionar social y político entre lo público y lo privado, la política profesional separada de los ciudadanos y la polis, la economía desvinculada de las necesidades humanas y su satisfacción fuera de las redes del mercado, resulta indispensable plantearse la condición de la interacción entre sujetos individuales y colectivos y las redes en que éstos se desenvuelven, apostando por construir mecanismos, prácticas, metodologías de integración, intercambio y sinergia que produzcan, reproduzcan, refuercen y/o reactiven el principio de comunidad, reducido ante la combinación histórica de poderes mutuamente funcionales del mercado y el estado<sup>250</sup>.

En los procesos históricos de construcción de los estado-nación de los siglos diecinueve y veinte estas dos esferas, la del estado y la del mercado, se apropiaron de la soberanía de la comunidad, estableciendo mecanismos de decisión sobre sus espacios cotidianos y sus necesidades, mediante un sistema político que genera expectativas al respecto pero que, además de posponerlas por una promesa futura o por razones de conveniencia sistémica, invisibiliza los obstáculos a su solución: las limitaciones de los instrumentos con que se trabaja y de las voluntades políticas para alcanzarlas y/o remover los obstáculos al efecto son el lado oscuro de las sociedades modernas. La pretensión de asentar toda la obligación por las

---

<sup>250</sup> Sobre los principios de comunidad, estado y mercado ver De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003.

necesidades sociales en el estado sin tocar al mercado, entregándole cada vez más espacios de lo que se entendía por lo público en detrimento de los ciudadanos, pone en jaque la resolución de esas crisis de soberanía y de opacidad de responsabilidad. “Por éstas razones el sistema político no solo está sobrecargado de problemas para los que ya no tiene la competencia y la información necesarios para solucionarlos, sino que llega a encontrarse en una auténtica situación de bloqueo, puesto que los instrumentos tradicionales de control del ambiente, es decir, el derecho y el dinero, se vuelven insuficientes para la sociedad, que ya no los asume como instrumentos eficaces de compensación y comunicación.”<sup>251</sup>

Sin embargo la pregunta por la construcción de formas sociales que permitan satisfacer las necesidades humanas en la inmanencia del ahora y no en las promesas del mañana (chorreo o revolución) continua allí y es el centro del desafío para nuevos paradigmas científico-éticos que construir.

Si durante la modernidad la primacía de las esferas del estado y del mercado, portadoras de la promesa de la ciencia, la razón y la técnica en y sus formas jurídicas y monetarias no han logrado resolver el dilema. Contrariamente a lo planteado por los neoliberales no es más o menos estado para más o menos mercado, sino los problemas de la comunidad ignorada sobre la cual juegan sus actores, la apuesta por desarrollar comunidad puede ser la llave de un nudo que debe desatarse en el presente inmanente de lo político y social contingente. “El *espacio de la comunidad* está constituido por las relaciones sociales desarrolladas en torno a la producción y reproducción de territorios físicos y simbólicos y de identidades e identificaciones con respecto a orígenes y destinos comunes”<sup>252</sup> y es allí donde se requiere desplegar esfuerzos de construcción de formas relacionales diferentes a las del contrato, del consumo, de la representación política, de la cooptación de las organizaciones sociales. La generación de espacios de realidad invisibilizados o por construir y articular, miradas nuevas y revisitadas, pensamientos

---

<sup>251</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 104.

<sup>252</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 316.

creadores no modernos, ni individualistas ni cercenadoras de las subjetividades, con actores sociales emocionalmente competentes y articulados en el ahora, es parte de la base de un principio tópico, u-tópico pero esencialmente hasta ahora atópico.

Cambiar la interacción produce cambios de estadios continuos en una línea del tiempo distinto del progreso lineal. La actualidad y la inmanencia de la interacción requiere atención, voluntad de poder y producción de mecanismos adecuados, complejos en la incertidumbre del ensayo y error, pero con certidumbre en las posibilidades de interactuar. El discurso único del monismo moderno, acentuado por los discursos postmodernos conservadores del fin de la historia, ha ocultado por falseamiento el problema, enunciándolo bajo la idea de que todo caos es terror y daño, ignorando que es el cambio lo que genera la subsistencia vital y no la inmovilidad. La aplicación que hacen de la tecnología a la producción y consumo es la mejor muestra de ello y es tiempo de aplicarlo también a la comunidad.

La interacción del encuentro en la esfera de la comunidad es el camino coherente para la superación de la crisis del paradigma moderno. Es una regla de la biodiversidad que entre los organismos “Cada encuentro va a gatillar un cambio estructural y, al mismo tiempo, el medio va a cambiar según las incidencias del organismo en él. Ambos van a cambiar y la estructura del medio también”<sup>253</sup> y en una perspectiva por la bio-socio-diversidad ello debe tenerse en cuenta. Se trata de generar nuevas realidades levantando “los topois de la democracia, de la cooperación y de la comunidad efectivas”<sup>254</sup> generando no sólo discursos de cambio sino prácticas y metodologías para ese encuentro y para la interacción creativa, “produciendo una convergencia de las prácticas liberadoras como momentos constituyentes, buscando en ellas la realización de un modelo de democracia, y por

---

<sup>253</sup> Maturana, Humberto; citado en Elizalde, Antonio. *Desarrollo Humano y Ética para la sustentabilidad*. Santiago. PNUMA- Universidad Bolivariana. 2003. Página 93. De hecho resulta muy interesante reproducir el texto que sigue a dicha cita, que menciona respecto a la interacción que “si este es un momento inicial que llamaremos “to” (tiempo cero) y hay un momento posterior que llamaremos “tn” (tiempo..., muchas interacciones después), veremos que el ser vivo y sus circunstancias cambian juntos”.

<sup>254</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003. Página 383.

tanto de ciudadanía, de educación y formación permanente, que reconozca el papel constituyente de la división y el conflicto”.<sup>255</sup>

En esa producción de modelos y metodologías que permitan hacer visibles las causas de las insatisfacciones y conflictos, darles a éstos un sentido de aprendizaje, de construcción de experiencias, de rescate de saberes que se reconstruyen y constituyen en nuevas experiencias de aprendizaje y creación colectiva, que permitan hacer visible la realidad, sus causas, responsabilidades y posibles cursos de salida hay que abocarse, despensando y repensando las juridicidades y economías de lo social desde, en y para la comunidad. Se trata de un horizonte de neo paradigma que no solo vale la pena sino que se hace indispensable para un nuevo sentido común de la dignidad y de la sustentabilidad de la vida humana y su riqueza frente a los sistemas que pretenden reducir a los sujetos a una interface del entorno de las comunicaciones del poder y las finanzas.

¿Cómo estar en la realidad, cambiar la mirada, pensar de otro modo, emocionar deviniendo e interactuar en transformación?

La acción directa es el modo del método.

### **Método legal, método jurídico.**

A propósito de lo dicho es que aparece la tarea de discutir como exponer, expresar y realizar éste acontecimiento metodológico en la teoría y la práctica del derecho, dando así el salto no solo cualitativo sino de verdadera transducción hacia

---

<sup>255</sup> Aparicio Guadas, Pep. *El camino de re/invencción de la ciudadanía y la educación popular*. En *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*. Volumen 1, N° 2. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001. Página 33.

un derecho de método materialista y finalista, que no se ubique en contraposición a lo analítico abstracto sino que lo incorpore para deconstruirlo y hacerlo derivar y devenir en el juego rizomático y multivectorial del poder social.

Si tal como venimos sosteniendo la cuestión del método es a su vez parte del paradigma que establece su sistema hegemónico de ideas y técnicas en una determinada época, una cuestión central para una perspectiva que se diga crítica implica plantearse un programa de investigación acerca del desarrollo de nuevas opciones metodológicas de trabajo. Intentaremos dilucidar brevemente el punto para reincorporarlo en la parte final del pensamiento de otro derecho.

Para hacerlo es necesario revisar el enfoque metodológico de la ciencia moderna aplicada al derecho como disciplina de pensamiento.

Hemos dicho al respecto que el pensamiento de la ciencia moderna reúne algunas características que van conformando su punto de mirada, que producen un método de pensamiento/acción y que podríamos resumir en las siguientes ideas:

**Primero**, la adopción de un modo de pensar abstracto y formal, en que la aproximación a lo real se hace desde una definición conceptual de ella y no desde su reconocimiento material. En virtud de esto la noción conceptual de realidad se expresa por medio de discursos y tratamientos formales de confirmación de lo que se observa en el concepto, y que se sintetiza en una nueva noción conceptual síntesis de lo anterior. Entre esos polos de realidad y conceptos, las continuidades y discontinuidades, las rupturas y saltos se pierden en ese juego bipolar.

**Segundo**, se opera desde una noción esencialista de la naturaleza de las cosas. Acorde con la conceptualización de lo existente como cosas y la subsiguiente cosificación de los movimientos y productos de la existencia, se pretende que la realidad se sujeta a una estructura fija, permanente e inmodificable, de manera que lo que ocurre con ellas es una desviación de ese estado en sí y no una mutación de su posición y disposición relacional con las demás partes de la realidad. Si cada cosa tiene una naturaleza previa a sí misma, una conformación propia en sí de su existencia, las relaciones se consideran secundarias, ya que las cosas se identifican

por lo que supuestamente son y no por lo que pueden ser. No hay reescritura de las posibilidades de los fenómenos, solo ratificación de lo establecido.

**Tercero**, la utilización de un procedimiento analítico de conocimiento, en que el acto de pensamiento – y la acción que de él derivan – consisten por ende en adaptar los datos y circunstancias a una formula de resolución del problema preestablecido.

**Cuarto**, por consiguiente la adopción de un método deductivo de razonar. Desde la definición se determina, se observa se imputa y se normaliza la realidad a intervenir.

**Quinto**, la facción y desarrollo del conocimiento se realiza mediante una forma de análisis disciplinar, taxonomista y parcelario. Con ello la posibilidad del conocimiento se desarrollo delimitando lo cognoscible en disciplinas parcelarias de especialidades y sub especialidades múltiples, constantes pero a la vez mutables de acuerdo a las necesidades de las nuevas fragmentaciones posibles de desarrollar. Ese principio de especialidad se ejercita por medio de constantes clasificaciones autodefinidas como lógicas y necesarias, en una ordenación perpetua de fragmentos susceptibles de reunir por integraciones de cruces lineales de resultado cierto. Cada cruce determina o la confirmación de la existencia de la especialidad y sus principios o la formulación de una nueva categoría a su vez posible de especializar.

**Sexto**, se genera una epistemología dialéctica del absoluto, en que todo acto de crítica, de contradicción, de contraposición, no es sino una forma de analizar de qué modo esas representaciones de contradicción ponen en tensión los principios originales de las nociones de verdad ya dada, a su vez contradiciéndolos a su vez reafirmando su existencia y validez universal, en que el momento de la tensión y el conflicto sucumben en la reabsorción de lo nuevo en los principios ya establecidos.

**Séptimo**, si todo está dado, si existe en sí y las posibilidades de conocer y hacer radican en ubicarse dentro de un fragmento de ese todo ya dado, el conocimiento aceptable es aquel que asegura la certidumbre y que expone lo incierto como erróneo. Se completa así modelo con pretensión de verdad y certeza



como pilares de existencia natural de sí mismo. Lo que no coincide con sus presupuestos no solo es errado sino incierto y por lo mismo imposible.

**Octavo.** Si todo acto de conocimiento es un reconocimiento de una realidad predefinida, si los actos que sobre ella se ejercen se destinan a descubrir o reafirmar una verdad ya previamente establecida y se requiere un desarrollo disciplinar de especialización máxima para aproximarse cada vez más a conocimientos verdaderos y dotar a la certeza de bases no solo naturales sino epistemológicas, toda aplicación requiere de una técnica adecuada desarrollada desde las disciplinas en busca de la verdad y la certeza. La verdad y la certeza requieren confirmación y no debate acerca de sus límites; la técnica es una técnica de aplicación y recreación, no una de re escritura, de manera que sus posiciones de verdad -al encontrarse ya definidas- no requieren disposiciones de sus agentes por intereses o lugares sociales, sino que se trata de aplicación científica en tanto cuanto sinónimo de despolitizadas y desubjetivizadas. Toda aplicación es técnica y toda técnica una práctica de la aplicación técnica neutral.

Respecto al derecho en ese contexto de cientificidad moderna, sabemos que la metodología del razonamiento y la práctica jurídico-legal opera en un procedimiento argumentativo de fuerte contenido lógico discursivo y de relacionamiento formal instrumental, cuya técnica, radicada en dosificaciones de uso de la retórica, la burocracia y la fuerza, alberga además discursos de bien común y de justicia que permiten señalar la existencia de fines programáticos de cierto corte humanista que tensiona a las técnicas normativas y sus aplicaciones. Ese contenido discursivo humanista nos hace olvidar sin embargo que la metodología de trabajo de la denominada ciencia jurídica disfruta y contiene básicamente los mismos elementos que los de la metodología científica ya descrita. En el proyecto de la ciencia moderna el lugar disciplinar del derecho es el del trabajo técnico normativo, y el lugar del jurista se inserta en consecuencia en la tradición jurídico burguesa en éste jurista “ha de ser un científico que trabaja con un material especial que son las normas jurídicas”<sup>256</sup> y su modo de trabajo el desarrollo de una hermenéutica de la

---

<sup>256</sup> López Calera Nicolás. *Sobre el alcance teórico del uso alternativo del derecho*, en *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978. Página 12.

decisión operando bajo el método de la subsunción, reafirmando las ideas de construcción de certeza y un manejo aparentemente neutral y objetivo de esas normas, olvidando sin embargo que “toda operación de abstracción, por la que se construyen los conceptos generales, no es una operación puramente lógica , sino que está también condicionada, en cuanto que implica siempre opciones sobre lo que es esencial o accidental”<sup>257</sup>.

Desde el punto de vista de la práctica hegemónica de la disciplina jurídica, el acto interpretativo, y con ello la ejecución de esas decisiones hermenéuticas ha devenido en “una metodología que se resuelve en un conjunto de reglas técnicas que permitirían al jurista descubrir las normas aplicables y mantener al mismo tiempo las características de neutralidad y objetividad”<sup>258</sup> que se vincula con el objeto antológico del derecho como si el hacer práctica jurídica consistiese en descubrir la esencia de un sistema de orden ya dado, en conectarse receptivamente con el texto y el lenguaje de la ley para su conocimiento. Como lo explica Modesto Saavedra al describir este paradigma interpretativo: “Se trata de buscar y comprender, de entre el lenguaje objetivado en unos textos, aquellas palabras que describan adecuadamente un acontecimiento que ha transcurrido en el mundo de los hechos. Una vez que se conoce la historia de este acontecimiento, la tarea se reduciría a constatar el texto aplicable y eliminar eventuales dudas”<sup>259</sup>.

Ese es el método del conocimiento y de la práctica jurídico-legal. Una práctica reductora de la realidad como mecanismo, a su vez que forma de conocimiento, forma de aseguramiento de un margen aceptable de efectividad controlada. Siguiendo la reflexión de Modesto Saavedra podemos describir la subsunción como un mecanismo epistemológico de operación lógica. “Subsumir el caso real en el supuesto de hecho de la norma parece obedecer a una operación mecánica en virtud de la cual las respuestas que se le demandan al sistema aparentan provenir

---

<sup>257</sup> López Calera Nicolás. Op. cit. Página 16.

<sup>258</sup> Saavedra, Modesto. *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho*, en *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978. Página 44.

<sup>259</sup> Saavedra, Modesto. Op. cit. Página 45.

de éste en una forma que recuerda al automatismo de la máquina”<sup>260</sup>, de manera que se busca no una intervención transformadora de la situación de hecho sino que una aprobación normativa de las conductas. Para éste método “Lo esencial es que la decisión está ya prevista en el sistema, salvo en casos excepcionales, y que al intérprete no le corresponde un papel constitutivo, sino explicitador de algo ya dado y, por consiguiente, reducible a pautas cientifizadoras”<sup>261</sup>.

Puede aplicarse a esta concepción metodológica del derecho toda la crítica que hicimos antes a la metodología del pensamiento abstracto formal, que impone y sostiene un orden sin promover su recambio ni su transformación, y que sanciona a quienes lo promueven. En el reino de la certeza, científica y jurídica, todo pensamiento y toda acción alternativa es castigada como desviada, como no científica, como disociadora de la certidumbre, como inexacta o imposible. En esa senda, el derecho concebido como el gran dispositivo de la imputación y la coacción se ha convertido en un cierre disciplinar a la custodia del orden ontológico de los sistemas sociales hegemónicos, y en concreto en un asegurador humanizado del sistema liberal capitalista hoy globalizado. Esta técnica social en que se ha convertido el derecho formal-normativo y sus instituciones consiste según nos dice Manuel Jacques, en “una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, para lo cual sanciona la conducta no deseada...(convirtiéndose así en) una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener”<sup>262</sup>. Los desafíos discursivos del derecho, incluyendo a los de corte humanista terminan cosificados en la ontología de la dogmática jurídica.

Pensar otro derecho implica no solo despensar ese método dogmático de la mecánica tautológica del pensamiento de la certeza inmóvil, sino construir un

---

<sup>260</sup> Saavedra, Modesto. Op. cit. Página 45.

<sup>261</sup> Saavedra, Modesto. Op. cit. Página 45.

<sup>262</sup> Jacques Parraguez Manuel. *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. En *El Otro Derecho. Número 1*. ILSA. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá. 1988. Página 26.

\* El intercalado entre paréntesis es nuestro.

proyecto de ciencia jurídica, entendida como metodología y programa de desarrollo y no como episteme de lo absoluto, “que no se resuelva en abstracciones intrasistémicas, sino que recupere la relación existente entre normas jurídicas (habría que agregar prácticas jurídicas\*) y estructuras sociales. Una ciencia del derecho que en lugar de reducirse a efectuar síntesis generalizadoras del material jurídico, tienda a elaborar críticamente categorías que permitan una explicación adecuada de los vínculos genéticos y funcionales que unen la superestructura de los códigos y de los conceptos jurídicos a la totalidad social”<sup>263</sup>.

A esa dirección apunta en específico la metodología de rescate de la realidad que hemos descrito en éste capítulo. Descosificar el derecho significa en concreto recuperar el carácter material y relacional de lo jurídico, es decir de los sujetos que en él participan, de sus contextos, de su carácter de regulador y de constructor de procesos sociales, de su legitimidad, su validez y su eficacia.

En ese movimiento, los desplazamientos de los ejes conceptuales de una ciencia dogmática a una ciencia ética del derecho implica reconocer los puntos de abstracción y de fuga de la realidad que éste modo disciplinar de conocimiento posee, lo que implica en primer lugar asumir el carácter mitológico del derecho, la medida reduccionista de la mirada dogmática, la exclusión de los actores no habilitados desde la posición hegemónica del poder jurídico y una predilección no neutral sobre los modos individuales de relación social.

Nietzsche en *Ecce Homo*, criticando el método de la abstracción, señalaba que referirse “a todas esas pequeñas cosas –nutrición, medio ambiente, clima, recreos, toda la casuística del amor propio, en fin- son, desde cualquier punto de vista que se las considere, mucho más importantes que todo cuanto se ha considerado hasta ahora como importante. Por ahí precisamente es por donde debemos empezar el cambio de método.”<sup>264</sup>. Siguiendo ese devenir teórico es precisamente la manera de comenzar la crítica a la abstracción. El derecho confunde

---

<sup>263</sup> Saavedra, Modesto. *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho*, en *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978. Página 54.

<sup>264</sup> Nietzsche, Friedrich. *Ecce Homo*. Editores Mexicanos Unidos. México. 1994. Página 60.

el carácter instrumental de las instituciones y las normas con su contenido y de esa forma se aíslan y excluye los marcos de la realidad enfocándose en una afirmación conceptual de sus herramientas y dejando fuera el amplio campo de la realidad material. El cambio de la metodología jurídica desde la dogmática a una **poética jurídica** implica bajar desde las instituciones a los elementos constitutivos de la realidad, materialidad y relaciones ínter subjetivas complejas, no solo individuo a individuo. La trama rizomática de la realidad sobrepasa los límites restrictivos de las instituciones y las normas.

Implica, a su vez, pasar de una concepción mitológica del derecho como constitutiva del orden que ontológicamente se constituye en el orden social mismo, de modo que toda contra argumentación a sus proposiciones son un no orden que debe ser sometido, reducido y determinado por el proyecto hegemónico de la norma, en la modernidad fundamentalmente la estatal<sup>265</sup>. La concepción mitológica del derecho como si el derecho fuese el orden mismo, implica la superación del mito supra material por una razón generadora de realidades organizables, arquitectónicamente imputables. Si en ese proceso de normalización “el derecho, como sustituto moderno del mito, inventa, construye un arsenal de categorías y nociones a las cuales imputa pretensión de realidad para que se torne operativo y funcional en su vínculo de complicidad con las formas y ejercicios del poder”<sup>266</sup>, introducir una nueva metodología de construcción jurídica implica des-normalizar, des-normativizar y re movilizar en un sentido distinto al del orden como sinónimo de poder a la actuación jurídica. En tanto en cuanto los topoi fundamentales del derecho en la modernidad el del orden trae consigo los de la jerarquía, el control y la imputación, una metodología distinta requiere asumirse contra mitológica, haciendo primar los de la diversidad, la participación, el traspaso de poder en las decisiones y la reconstrucción retórica de los procesos y fines en torno a los cuales se dará la discusión y la práctica jurídica. Un método del involucramiento directo, de

---

<sup>265</sup> Esto hace que en la época global el orden mismo se ponga en tensión por la superación, permeabilidad debilitamiento de la soberanía nacional como fuente de juridicidad.

<sup>266</sup> En el original: “o Direito, como substituto moderno do mito, inventa, constrói um arsenal de categorias e noções ás quais imputa pretensa realidade para que se torne operativo e funcional em seu vínculo de complicidade com as formas e ejercicios de poder.” Bogo Chies, Luiz y Oliveira de Moura, Marcelo. *Introdução ao daltonismo jurídico: por uma episteme de contra-milogía*. Letra Legal Editoria. 2005. Río de Janeiro. Página 13.

cohabitación de los sujetos del conflicto y los reguladores en un sentido inverso del sometimiento de los primeros al decisionismo piramidal de los segundos que ha guiado la construcción de la práctica del derecho moderno.

Para esa inclusión metodológica de la diversidad, la participación y la decisión compartida, se requiere un espectro de mirada mayor que la sola perspectiva normativa, de manera que sea posible pasar del reduccionismo operacional de la norma a la inclusión de instrumentos de recolección de información, de articulación de ésta para la decisión, y a una ampliación multiversa de las herramientas y posibilidades de resolución del conflicto.

Mientras en el proyecto jurídico normativo la legitimidad formal se construye buscando una permanente adecuación de las relaciones a la orden prescriptiva de la norma, de modo que su aceptación y valor intrínseco sean dado dentro de horizontes delimitados previamente, una metodología de otro derecho debe abrir las puertas de entrada al derecho por la preocupación real y material sobre las necesidades humanas inmediatas y la puerta de salida de los conflictos sociales a una múltiple y diversa posibilidad de reconstrucción de la situación que origina el conflicto, más allá de la imputación normativa. La aplicación del derecho implicaría así redistribución de los derechos, bienes y garantías. En vez de reducir la mirada, ampliar el campo de comprensión acción en el trabajo jurídico.

Este nuevo decisionismo que emana de una metodología inclusiva implica por lo mismo abrir todos los espacios jurídicos, es decir los institucionales, los de vinculación con el momento social como los comunitarios a la participación de los involucrados y afectados en la decisión. Organizados en torno a la posibilidad de resolver los conflictos de necesidades, todos los estratos de actuación se movilizan a la garantía de acceso a los procedimientos, como a la garantía de su finalidad en torno a las necesidades humanas insatisfechas.

Sin perjuicio que ampliaremos la posibilidad de las líneas de desarrollo de un nuevo paradigma jurídico material y finalista en los capítulos finales de éste trabajo, siguiendo la metodología de emancipación descrita en éste, podemos resumirla diciendo que se precisa:

a) Hacer visible lo real, lo que quiere decir hacer relevante la realidad material, en un doble sentido: primero en la manera de conocerla y comprenderla, incluyendo el conocimiento directo de ella más allá de las descripciones abstractas de la norma; y segundo tornándola igual de relevante al momento de decidir, dilucidando el impacto de las decisiones en ella y no una mera posibilidad de subsunción de la realidad al concepto. Ver, juzgar y actuar en torno a la realidad redescubierta permanentemente y no en torno a la descripción conceptual.

b) Cambiar la mirada desde la norma y sus estatutos hacia el conflicto de necesidades que provoca la movilización del derecho. A diferencia del conflicto normativo que obtiene su apertura y cierre de la adecuación o inadecuación de las conductas individuales a la disposición normativa aplicable carcelariamente, se requiere mirar el conflicto en sentido amplio, es decir mirar su contexto y triangular esa relación social de insatisfacción de necesidades y sus tensiones hacia la satisfacción material, comprensiva y sustentable de la necesidad insatisfecha. Así, el marco regulador deviene en herramienta de interacción y no en definidor de lo real y controlador de su evolución.

c) Pensar de otro modo en este sentido es poner en el centro de las decisiones la *necesidad de satisfacer las necesidades humanas fundamentales insatisfechas* (valga absolutamente la redundancia) es poner a las necesidades humanas en el centro de las decisiones, y no ya ejercitarse solo en una construcción de las decisiones que privilegie la mantención del orden real y la aplicación jerárquica de las decisiones y de las posiciones sociales de los interactuantes.

d) *Cambiar la emocionalidad* implica entronizar los principios de la diversidad para practicar los derechos como derechos humanos y no como facultades normativas. Un proceso cultural centrado en los derechos humanos implica una dislocación del orden jerárquico centrado en la autoridad y/o en la

propiedad, modificando la disposición de los actores frente a la posición de los implicados.

e) *Cambiar las relaciones* implica participación en serio, material y no sólo formal implica decisión sobre el cierre de los procesos y no solo concurrencia a los procedimientos.

Esto no es tan ajeno ni disparatado. Hasta hace unos treinta o treinta y cinco años plantear intromisiones al decisionismo como la mediación en los procedimientos jurisdiccionales o los procesos de decisión participativos como los de los presupuestos urbanos era desacralizador y subversivo. Hoy gozan de aprobación y comprobación. Con un método de la realidad y la participación decisional, ya no de la conceptualidad, otro derecho es posible.





## BIOFISICA DEL DERECHO. ESTADO, MERCADO Y COMUNIDAD.

“el problema a la vez político, ético, social y filosófico que se nos plantea hoy no consiste tanto en intentar liberar al individuo del Estado y de sus instituciones, cuanto liberarnos a nosotros mismos del Estado y del tipo de individualización que éste conlleva”.

(Michel Foucault).

Ser socio de ésta sociedad, me puede matar.

La Renga.

### Estado nación y formación jurídica.

EL proceso de formación del paradigma que describimos no fue solo una experiencia teórica restringida a un grupo de filósofos y científicos visionarios ni se limitó a una revolución conceptual dentro de un sistema de pensamiento, sino que se trató de un complejo e intenso proceso de estructuración de la vida social con su entorno. Se trató de una construcción que se extendió desde los discursos generadores de certeza - que van de la salvación de las almas a la gestión de lo vivo - hasta todo el proceso de racionalización de la gestión política que significó la construcción del Estado moderno y con él, del derecho como hoy lo conocemos. Como lo expone Antonio Carlos Wolkmer, “el Estado representa el proyecto racional de la humanidad alrededor del propio destino terrenal: el contrato social, que señala simbólicamente el paso del Estado Natural al Estado Civil”<sup>267</sup> y que genera junto con su constitución, la institución de un nuevo sistema de racionalidad jurídica que desplazó y reemplazó las formaciones jurídicas autocráticas y sin embargo plurales de los gobiernos feudales.

---

<sup>267</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD Ltda. Sevilla. 2005. Página 52.

La posibilidad de pensar otro proceso de construcción de derechos, requiere reconocer y revisar el andamiaje del derecho moderno y con él del Estado como lugar privilegiado de su formación, con sus fines, funciones y usos. No es posible plantearse la posibilidad de otras prácticas y gestión de derechos en beneficio de la comunidad y sus necesidades sin fijar previamente cuales son, precisamente, los nudos del modelo moderno de soberanía y juridicidad. Y eso requiere necesariamente hacer una revisión de un tópico de discusión que habitualmente se da por sabido, que suponemos conocido en sus pilares básicos, pero que pasamos por alto pagando el precio de transitar por un camino que hemos supuesto fácil, en el cual se estima descansaban buena parte de las posibilidades del bien común, una generalización enunciativa nada de neutral sino parte de la misma estructuración. El Estado moderno era una fuente de promesa, pero como la historia ha demostrado, al igual que el paradigma que le dio origen, llevaba en sus entrañas los motivos de su incumplimiento.

Es posible afirmar desde ya que el Estado en verdad no buscaba el bien común en tanto punto de encuentro social y concurrencia en equidad a la repartición de los bienes y recursos, sino que se trataba, a la vez, de un concepto abstracto como de un ejercicio de lo político y del poder estatal, desde un principio orientado a concretar y fomentar el desarrollo intensivo de la economía capitalista.

En la reflexión jurídica que intenta construir éste trabajo el problema del Estado, en la perspectiva de nudos de juridicidad a trabajar, no puede ser pasado por alto. El punto no es menor si se considera que la forma de fluidez de lo jurídico ha sido la de un andamiaje jurídico piramidal con supresión, o cuando menos subordinación, de las diversidades y con ello una limitación al poder de las formaciones no estatales que no fuesen sociedades y compañías afines al modo de producción. La centralización se impuso hasta convertirse en el articulador de la ideología jurídica moderna, en el mediador de los conflictos sociales y constituirse en la forma general de síntesis de la sociedad civil. Como señala Boaventura de Sousa Santos: “El Estado-nación ha sido la dimensión espacio-temporal más importante del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países centrales del sistema mundial. Sin embargo, su importancia fue posible sólo por que las otras dos dimensiones espacio-temporales, la local y la transnacional, fueron declaradas

inexistentes formalmente por la teoría liberal hegemónica”<sup>268</sup>, por lo que una posibilidad de contra hegemonía precisa no solo readmitir en la reflexión global los espacios excluidos, sino también revisar para reordenar el espacio interno del derecho estatal, para pulsar desde su interior la posibilidad de su transformación.

He denunciado ya lo falso de esas ideas, que en verdad operan ocultando las verdaderas fuerzas de construcción de lo social. No hay instituciones, aparatos, dispositivos ni mediaciones en abstracto, sin considerar el modo de producción dominante, los procesos culturales, las relaciones de clase, los valores últimos justificantes de los valores aplicados a la construcción de los discursos sociales de justificación de las dominaciones, los despliegues estratégicos de poder para la mantención de las posiciones de poder representadas en los últimos siglos y hasta hoy en la dominación del capital sobre las fuerzas comunitarias, el trabajo y los procesos culturales de diversidad, como un eje ordenador hegemónico sobre la otras formas de dominación y discriminación.

Las notas que siguen pretenden revisar el proceso de formación del Estado moderno en una suerte de disección del mismo, para establecer algunos ejes fundamentales que nos permitan, en un proceso de disputa de los dispositivos jurídicos, asentar una nueva racionalidad jurídica emancipadora y no legitimadora de la dominación republicana capitalista.

Si como lo señala Elías Díaz, existe una suerte de continuidad histórica entre la aparición del Estado, el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho<sup>269</sup> en una evolución positiva de sus componentes hacia un bien común social, efectuar el estudio de su génesis, su desarrollo y la deriva de sus elementos contrastando el desarrollo conceptual con el movimiento histórico y el sistema económico capitalista que está en la base estructural de todo este proceso, nos permitirá ver discursos y dispositivos que necesariamente deben ser superados, o mejor dicho transducidos:

---

<sup>268</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. ILSA. Bogotá. 1998. Página 19.

<sup>269</sup> Díaz, Elías. *Juristas, sociólogos y filósofos en la construcción del Estado de derecho*; en *El desarrollo y las aplicaciones de la sociología jurídica en España*. Oñati I.I.S.L. Oñati. 1995. Página 227.

invertidos, reconstruido o simplemente desechados. Más que superación, trampa lineal del tiempo, destrucción creadora sobre ellos.

Desde un punto de vista paradigmático el proceso de conformación del Estado moderno es absolutamente coincidente con la instalación y consagración de la episteme del saber moderno. Si éste último es el desarrollo de la centralidad de la razón como productora de verdad, la configuración del Estado, en tanto aparato y burocracia constituye un producto de la racionalización de procedimientos e instituciones que se caracteriza por una procesabilidad de lo político y lo social a partir de dispositivos analíticamente dispuestos y ordenados. La relación entre ciencia y derecho se da en la configuración de dispositivos de seguridad institucional legitimadora desde su repetibilidad burocrática. “Para desempeñar esa función el derecho moderno tuvo que someterse a la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia moderna y convertirse el mismo en científico. La cientifización del derecho moderno propició, asimismo, su estatalización, ya que el predominio político del orden sobre el caos fue atribuido como tarea al Estado moderno, por lo menos transitoriamente, mientras la ciencia y la tecnología no la pudiesen asegurar por sí mismas.”<sup>270</sup> Coetáneamente hay todo un desarrollo de las instituciones que fundamentan su legitimidad en sus propios ordenes internos de jerarquía y ya no en absolutismos externos y eternos, a la par que la implantación de modos de autoridad que pudiesen resultar funcionales a los procesos de aceptación de los nuevos grupos de poder en ascenso y consolidación en el régimen post feudal.

Desde el punto de vista económico, la construcción del Estado moderno no puede entenderse sin analizar en paralelo el desarrollo, evolución y consagración del capitalismo como modelo económico que por un lado superaba la antigua economía agraria y por la otra, decididamente a partir del siglo diecisiete, facilitaba, organizaba y desarrollaba las nuevas formas capitalistas de producción e intercambio. Al analizar las medidas tomadas por los gobernantes ante los procesos económicos

---

<sup>270</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 134.

que se generaban, resulta evidente que existen relaciones muy estrechas entre la evolución del estado y el capitalismo.

Por una parte, las formaciones comerciales –compañías y empresas de navegación y acumulación- en su administración sacaron el modelo de los poderes centrales existentes a su vez reinventándolos. Así ocurrió por ejemplo con la holandesa Compañía de las Indias Orientales (*Verenigde Oostindische Compagnie*, 1602) que “asemejaba la de una administración de Estado; había directores, una *Asamblea de los Diecisiete* y el *General de las Indias*, que regentaba los negocios en el Oriente... (*Y con el Banco de Ámsterdam -1608*) , con residencia en el mismo Palacio del Ayuntamiento. Tenía así una verdadera institución de Estado, pues operaba bajo la autoridad de magistrados municipales y sus funcionarios”<sup>271</sup>. Por otra, como ocurrió en Francia o Alemania fue el propio Estado el que desarrolló la industrialización que marcó decisivamente la evolución del capitalismo. En Francia los orígenes de la gran industria y la introducción de las máquinas, fueron en gran parte obra del Estado; “En Alemania, las transformaciones industriales que acabaron por asegurar el triunfo del capitalismo fueron, sobre todo, obra de los gobiernos; especialmente en Prusia, en donde el gobierno creó el Instituto Industrial (*Gewerbe Institut*) y con su iniciativa de la Unión aduanera (*Zollverein*) preparó la unidad económica de Alemania”<sup>272</sup>. En Inglaterra la labor legislativa fue decisiva para el fomento y consolidación del capitalismo como modo de producción; desde la Ley de Navegación de 1651 hasta el triunfo de la organización industrial, cuando se “estableció la *libertad de contrato*, que se anuncia en 1813 con la derogación de la ley que reconocía a los jueces de paz el derecho de fijar los salarios, y en 1814 con la derogación de los reglamentos sobre aprendizaje”<sup>273</sup>, la actividad del Estado inglés sería decisiva en la consolidación de procesos.

Si bien es cierto en un comienzo, fines del siglo XV y durante el XVI, los monarcas trataron primero de combatir o regular el desarrollo de las nuevas formaciones económicas que afectaban su poder, la intervención de los gobiernos

<sup>271</sup> See, Henri. *Orígenes del Capitalismo moderno*. Fondo de Cultura Económica. Barcelona. 1972. Página 57

<sup>272</sup> See, Henri. Op. cit. Página 118.

<sup>273</sup> See, Henri. Op. cit. Página 112.

fue, hasta el siglo XX inclusive - al contrario de la propaganda neoliberal anti Estado que hoy monopoliza el discurso público - no solo cada vez más creciente sino decisivo en su desarrollo. Así, no es aventurado decir que el Estado moderno es propiamente desde su inicio un Estado capitalista, lo que llevado al derecho tiene una traducción evidente.

Desde el punto de vista histórico existe, hasta la época post revolucionaria francesa, un largo periodo de diferenciación de las estructuras y regímenes medievales marcado por el agotamiento de las formas, tecnologías y procesos culturales de dicha sociedad; sumado a una necesidad de reordenamiento de los conceptos medievales de soberanía, como también de sus fundamentos, los que, en la medida que la economía se dirigía hacia intercambios activos e intensivos de mercaderías, más allá de las condiciones agrícolas que no resolvían los problemas de pobreza de las masas campesinas, requería disponer de nuevos instrumentos de control territorial, de manera que el nuevo modo de producción en ciernes, más que de acceso inmediato a los frutos requería control territorial y orientación al intercambio mercantil intenso. De hecho, esa relación de control territorial y dirección de éste hacia el control de las materias primas es parte inherente del modelo capitalista, a pesar de sus diferentes modos de expresión tecnológico y espacial.

A diferencia de la época en que la vida social se desarrolla sobre las ciudades y posteriormente de las naciones, durante los siglos XI al XIV la vida y la economía de las poblaciones estaba profundamente vinculada al bosque y a la tierra en tanto dificultad a vencer. “La tierra es, en efecto, la realidad esencial de la cristiandad medieval. Es una economía que es ante todo economía de subsistencia, dominada por la simple satisfacción de las necesidades alimenticias, la tierra es el fundamento y casi toda la economía”<sup>274</sup>, de manera que el acceso a ella y la reproducción de la propiedad se daban a partir de estructuras estamentales de conservación y no en relaciones contractuales de intercambio. Esa relación agraria va a seguir marcando fuertemente el desarrollo de las naciones, del capitalismo, sus luchas de poder y la conformación jurídica de los regímenes de propiedad. De esa agregación de mecanismos de acceso a los recursos proviene - en cierta forma - la subsistencia en

---

<sup>274</sup> Le Goff, Jacques. *La baja edad media*. Siglo XXI Editores S.A. Madrid. 1971. Página 16.

los códigos modernos de los modos de adquirir el dominio de las cosas<sup>275</sup> (y los derechos en la medida que se abstrae y cosifica esa relación de juridificación de las relaciones económico sociales de intercambio).

Es importante comprender lo anterior precisamente por la dimensión y el tipo de instrumentos que se requieren para satisfacer esa forma de apropiación y acceso, toda vez que la racionalidad instrumental consiste no solo en la legitimidad procedimental del método y su modo, sino también, precisamente, en una particular valoración de la medida de la herramienta a la necesidad a satisfacer, un conocimiento de los límites de su aplicación que permita extraer de esa aplicación el mayor equilibrio costo beneficio posible en privilegio de éste último.

En la época inmediatamente anterior a los inicios del capitalismo se verifican una serie de particularidades que muestran ese agotamiento instrumental, pero también de racionalidad.

En una economía agraria el campo es el lugar de todos los intercambios, fuera de él “solo se encuentra una actividad económica superficial que versa sobre cantidades pequeñas, de poco valor, y que solo interesa a un número restringido de individuos”<sup>276</sup>, de manera que no solo instrumentalmente se requieren herramientas de labrado sino una estructura ideológica y jurídica que gire en torno a la relación con la tierra. Cuando Jacques Le Goff describe una esa sociedad tripartita - en que unos ruegan, otros combaten y otros trabajan - su estructuración jurídica es acorde a una supuesta situación de colaboración funcional en que la dependencia y la funcionalidad se confunden. A diferencia de la pirámide kelseniana, me parece que el orden jerárquico aparece más bien en la razón teologal de orden eterno,

---

<sup>275</sup> El Código Civil chileno por ejemplo, siguiendo al francés dictado por Napoleón, señala en su artículo 588 cuales son los modos de adquirir el dominio, indicando que “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la prescripción”, los que ciertamente se refieren a cosas propiamente provenientes de la naturaleza como ocurre con la ocupación y accesión, mientras que la tradición y prescripción requiere un ejercicio de abstracción jurídica para su aplicación. La sucesión por causa de muerte puede se aplica a todas las cosas ya tenidas en propiedad por alguien, por lo que no es una forma estrictamente ni moderna ni capitalista. A pesar que se nos podrá argumentar que estas formas provienen del derecho romano, no puede olvidarse que esas formas originales sufren una transformación de lógica al absorberse bajo formas jurídicas capitalistas.

<sup>276</sup> Le Goff, Jacques. *La baja edad media*. Siglo XXI Editores S.A. Madrid. 1971. Página 18.



organizado desde dios a la tierra, que expresada en un orden jerárquico estructuralmente organizado de las instituciones, en que la jerarquía es parte de su razón pero también de su forma. Sin embargo esa misma característica de desarrollo entorno a la tierra como lugar delimitado, sumada a que la guerra fuese una verdadera actividad económica, le otorgaba al sistema una característica que marcaba sus límites de desarrollo: la fragmentación productiva y comunitaria impedía formas más intensas de intercambio, por cuanto la posibilidad de disolución de lo producido en la tierra bajo ataques de otros guerreros requería de una protección que garantizaba un mínimo de bienes necesarios pero no la maximización de la producción para obtención de plus valor.

Esa fragmentación jurisdiccional y militar y la subsistencia en torno al lugar que era a la vez el espacio próximo de vida y de producción inmediata, contenía en sí misma la condición de imposibilidad de un salto mayor que superase los conflictos en una forma de resolución de estos también diferente. “Para arbitrar los conflictos de esta sociedad primitiva hubiera sido preciso un estado fuerte. Pero el feudalismo había hecho desaparecer el estado y hacia pasar, a través del juego de las inmunidades y las usurpaciones, lo esencial del potencial público a manos de los señores”<sup>277</sup>, en tanto que la iglesia era parte del mismo juego elitista, ya que la misma aristocracia la formaba, investía y mantenía, lo que se traducía en una alianza contra los campesinos. Debe recordarse que ese orden era no solo un orden jurídico sino además natural y divino a la vez. “Las tres categorías son *órdenes* salidos de la voluntad divina. Rebelarse contra ese orden social es rebelarse contra Dios”<sup>278</sup>. Para que eso sucediera debía producirse una desacralización, una deconstrucción de lo establecido como natural, un cambio en los fundamentos y así ocurrió. El aumento demográfico, los progresos técnicos en lo agrícola, el desarrollo artesanal pre industrial, la aparición de excedentes de producción, el auge urbano, la división del trabajo, la aparición junto a la moneda en la economía de una reflexión sobre ella y la producción de valor a partir del trabajo<sup>279</sup>, producirán una crisis del

---

<sup>277</sup> Le Goff, Jacques. Op. cit. Página 22.

<sup>278</sup> Le Goff, Jacques. Op. cit. Página 22.

<sup>279</sup> Si bien es posterior al siglo 13, conviene tener en cuenta como John Locke (1632-1704) introduce en sus reflexiones una visión ya consolidada de lo que ese proceso había significado, cuando señalaba que “así surgió el

modelo feudal que requerirá de nuevas estructuras no solo diferentes sino más complejas.

Conviene tomar nota de éste proceso para combatir la idea que el actual orden neoliberal y el camino de desmembramiento inevitable del estado es un hecho natural e inevitable para el desarrollo de la humanidad.

Pero volviendo a la línea de análisis socio histórica que intento. Tomemos prestado de Niklas Luhman el enunciado en que éste señala que “Los sistemas complejos precisan tiempo para precisar información y para ofrecer respuestas”<sup>280</sup> y podremos entrever el por qué el Estado en tanto burocracia aplicada sobre territorios, pero también sobre núcleos de personas en proceso de diferenciación de los tres órdenes medievales es una respuesta de mayor eficacia a la fragmentación territorial sin individuos plenamente diferenciados. “El momento llegó efectivamente en las ciudades cuando los grupos e individuos que se dedicaban al comercio y al artesanado se dieron cuenta de que el ejercicio de sus actividades profesionales exigía que las clases dominantes tradicionales no sólo reconocieran las libertades y los privilegios económicos sino también las franquicias jurídicas y los poderes políticos que eran su consecuencia y garantía”<sup>281</sup>. Legitimar esa burocracia naciente, como medio y como horizonte de conclusión del proceso de formación del aparato estatal fue una función encomendada y a la vez asumida por el derecho moderno como producto del Estado. De ahí que el monismo jurídico tenga el doble carácter de reducción de la complejidad para imponer su imputación legitimante pero también el rasgo de diferenciación histórica, cosa que los monistas dejan pasar en su propuesta a histórica del derecho. Esta juridización del orden social en verdad traía consigo una verdadera “Reformulación del concepto de forma, en el sentido de transformarlo

---

uso de la moneda – una cosa duradera que los hombres podían guardar sin que se estropease, y que, por mutuo consentimiento, aceptaban a cambio de otros productos verdaderamente útiles a la vida pero perecederos” lo que permitió que la acumulación se volviese ilimitada. Segundo Tratado sobre el Gobierno, citado por De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 152.

<sup>280</sup> Luhman, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Editorial Trotta. Madrid. 1998. Página 72.

<sup>281</sup> Le Goff, Jacques. *La baja edad media*. Siglo XXI Editores S.A. Madrid. 1971. Página 68.

de un concepto de unidad en otro de diferencia”<sup>282</sup> y así sucesivamente hasta el ahora. La diferenciación se hizo rivalidad pero también estrategia de control parte del juego mismo, voluntad de poder convertida en procedimiento: burocracia como aparato y dispositivo de dominación.

A ese respecto los siglos XIII al XV traerán consigo una larga serie de crisis de rompimiento y reestructuración, de agotamiento y de desarrollo que se vuelven a la vez denuncia que denuncia, propuesta manifestada. Una suerte de profecía no en el sentido de una esoteria banal, sino en cuanto el anuncio profético es un acto de construcción concreta de futuro a partir de un manifiesto de la lucha política para el presente. Tal es la mirada que nos propone Louis Althusser al referirse a El Príncipe de Nicolás Maquiavelo como un manifiesto para la acción política antes que un texto de análisis teórico de la naturaleza del Estado: “lo que le interesa a Maquiavelo no es esta tipología simplificada y su contraste; lo que le interesa es la fundación, el comienzo de un Estado duradero y que, una vez fundado por un Príncipe, sea duradero por el efecto de un gobierno combinado”<sup>283</sup>. En ese ver venir una nueva forma de organización que reorganice la relación de las ciudades entre sí y de ellas con el campo es que Maquiavelo intuye que esas formas feudales están agotadas y se requieren nuevas estructuras pero también nuevas racionalidades: “Los cimientos principales de todos los estados, ya sean estos nuevos, viejos o mixtos, son las buenas leyes y los buenos ejércitos”<sup>284</sup>; es decir existencia, validez y eficacia del derecho y su generador.

Volvamos nuevamente a los antecedentes históricos de ésta transición. El Siglo XIII verá nacer y consolidarse una nueva institución que resume dentro de sí estratificación, diversidad y especialización funcional y un orden de funcionamiento racionalizado, constructor de un método instrumental no solo de conocimiento sino también de producción de las realidades que pretende imponer en tanto tradición, es decir, forma consolidada, las Universidades. “Cada universidad tiene en seguida un

---

<sup>282</sup> Luhman, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Editorial Trotta. Madrid. 1998. Página 232.

<sup>283</sup> Althusser, Louis. *Maquiavelo y nosotros*. Ediciones AKAL S.A. Madrid. 2004. Página 82.

<sup>284</sup> Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 2006. Página 95.

escudo, símbolo de su libertad. Los universitarios tienen también sus estatutos, que definen su organización”<sup>285</sup>, la división en facultades, grados, operacionalidades y formas de acceso y reconstrucción de procesos que son legitimados a partir de esos propios estatutos. Se trata ya no de una autoridad externa, total y divina sino de una que constituye, legitima y valora su existencia a partir de sus fundamentos autos generados estatutariamente y su método, la escolástica. La combinación de ambos da por resultado su particular soberanía; en esa crisis generadora de sentido “el espíritu del orden se impone”<sup>286</sup> señala Le Goff.

En tanto, en el campo de lo político social la crisis es de agotamiento:

Primero, límites de agotamiento técnico y natural sobre los suelos (territorio, producción y vida cotidiana a la vez);

Segundo, necesidad del cercamiento a los suelos y la exclusión del acceso para obtener primero gestión de lo vivo y después intercambio y maximización;

Tercero, agotamiento de los espacios intra fronteras conocidas para comercializar y contener el nuevo orden que socava la fragmentación de los poderes locales;

Cuarto, el cuestionamiento soterrado de los fundamentos de las máximas y las condenas teológicas y su posterior necesidad de justificación jurídica;

Quinto, el regreso del hambre sobre los campos y sobre las ciudades;

sexto, la aparición junto con la producción semi industrial de la economía financiera, subordinada en ese entonces, a diferencia de la era global en que adquiera autonomía más que relativa, a la condición de impulsar la producción;

---

<sup>285</sup> Le Goff, Jacques. *La baja edad media*. Siglo XXI Editores S.A. Madrid. 1971. Página 246.

<sup>286</sup> Le Goff, Jacques. Op. cit. Página 249.

Séptimo, la aparición de la primacía de la voluntad sobre la razón como origen de una racionalidad que pacta y no solo obedece.

Se trata de la crisis del feudalismo mismo y el surgimiento de esta nueva realidad verdaderamente moderna, en que los métodos de la guerra por territorios y de comercio originan esta nueva necesidad que es el Estado moderno y su derecho.

Un siglo más tarde, tanto los quiebres epistemológicos como el hecho político de la emergencia de los estados imperiales del siglo 16, especialmente en España pero sobre todo en Francia, mostrarán en pleno las nuevas realidades y los nuevos instrumentos de acción política que fundarán ese cambio de época. La ampliación discursiva tanto hacia una teología desafiante del papado (Lutero 1483 – 1546) o hacia la razón (Da Vinci 1452 – 1519; Descartes 1596 -1650); así como los nuevos descubrimientos geográficos provocarán un fenómeno de expansión impensado hasta entonces, que marcará el carácter expansivo y dominante de toda la modernidad; se trata de una expansión que en un mundo material y simbólicamente más grande que llega a tomar conciencia de sí mismo, en sus límites y de alguna forma también en sus posibilidades.

A pesar de esa relativa apertura, conviven aún en esa época los argumentos teológicos y los políticos. Así por ejemplo, con la llegada al trono de Carlos V, “El joven Carlos quiso darle una vida nueva. Amplía la base territorial y lo funda sobre la universalidad religiosa de su dominio”<sup>287</sup>, dejando como herencia una nueva forma de dominio que se insinúa estatal y moderna, creando el primer imperio colonial moderno, complementado a posteriori por el espíritu burocrático de su hijo Felipe II que organiza, defiende y amplía el imperio de ultramar, tejiendo una trama administrativa de especialistas que se regirá por el espacio de las ordenes y decisiones que giran entre el bando y la ley como representación del poder de mando razonado. Parece tener razón al respecto Agamben al señalar que “la ley presupone lo no jurídico (por ejemplo la mera violencia en cuanto estado de naturaleza) como aquello que se mantiene en relación potencial con el estado de

---

<sup>287</sup> Romano, Ruggiero. Tenenti, Alberto, *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*. Siglo veintiuno editores, s.a de c.v. México DF. 2004. Página 258.

excepción”<sup>288</sup>, por lo que la soberanía base de la modernidad estatal tiene un signo más autoritario que democrático que desentrañar. Fundada la soberanía imperial (y con ella toda soberanía futura) sobre el bando, “es decir sobre el poder de mantenerse en relación con un presupuesto que está fuera de toda relación”<sup>289</sup> el nuevo estado por venir se funda más en esa fuerza real y las relaciones que la sostienen en concreto que sobre un abstracto contractualista.

Aún de un poco más que eso. Además de esa tensión entre poder y decisión instalada en el corazón de la soberanía estos nuevos imperios procuraron para sí, en su beneficio y necesidad – instituyéndola - una nueva racionalidad de constitución, organización y funcionamiento que serviría de base para los tiempos siguientes. Los imperios coloniales modernos, en esa nueva dimensionalidad política, contribuyeron con algunos de los elementos que formarían parte esencial del Estado moderno en tanto aparato, pero también como idea: la conformación de una burocracia de funcionarios profesionalizados indispensables para la administración, en que éstos “no están ligados ya por vínculos de orden feudal a su soberano; su relación de dependencia es ya una relación de empleo sobre la base de la estabilidad”<sup>290</sup>; de modo que serán ellos los que irán conformando la memoria de esa administración en base a los archivos, dando un orden y un carácter de natural necesidad a la administración y gestión de los recursos, mediante recaudación y préstamos de anticipo, que permitiesen financiar la expansión iniciada. Para producir estos imperios era necesario a su vez ir afirmando el Estado, configurándolo, definiéndolo, dotándolo de un discurso aglutinador frente a las fuerzas feudales para reorganizar las alianzas políticas, ya fuere religioso o pre nacionalista (la unidad ibérica por ejemplo); centrándose en una cierta entidad territorial abarcable pero sobre todo identificable a la vez que sustentable en una economía de guerra que superaba a las ciudades medievales pero que de todas formas necesitaba su asentamiento.

---

<sup>288</sup> Agamben, Giorgio. *HOMO SACER. El poder soberano y la nuda vida*. Pretextos. Valencia. 2003. Página 34.

<sup>289</sup> Agamben, Giorgio. Op. cit. Página 142.

<sup>290</sup> Romano, Ruggiero. Tenenti, Alberto. *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*. Siglo veintiuno editores, s.a de c.v. México DF. 2004. Página 260.

Ya sea desde un punto de vista histórico, sociológico o jurídico político, existe consenso en cuáles son los elementos esenciales y necesarios para que un estado pueda llamarse tal en la modernidad: **territorio, población y poder**. Sin embargo es importante dilucidar lo que en cada época se aporta a su constitución y diferenciación para establecer lo más exactamente los elementos que en su texto expreso o en su subtexto configuran el Estado y el derecho moderno.

Así por ejemplo, Romano y Tenenti, que sitúan su análisis histórico en el siglo XVI describen los siguientes factores fundamentales, agregando como propio del periodo su carácter instrumental que le permita al Estado “enfrentarse con el futuro”<sup>291</sup>:

- a) una cierta entidad territorial;
- b) el establecimiento de un poder central suficientemente fuerte;
- c) supresión, o al menos, drástica reducción del antiguo poder feudal;
- d) la creación de una infraestructura suficientemente sólida: burocracia, finanzas, ejército, diplomacia.

Similar cosa enuncia Jellinek en su texto - a éstas alturas clásico – *Teoría General del Estado* cuando expresa “el Estado nace con la existencia efectiva de un territorio sobre el cual ejerce un poder de dominación”<sup>292</sup>, que caracteriza como negativo en tanto prohíbe a cualquier otra autoridad mandar en dicho territorio, y positiva en tanto en cuanto “las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado”<sup>293</sup>, pueblo que necesita una voluntad guía que supere sus debilidades. “La voluntad que ha de cuidar de la comunidad y ha de proveer a sus fines, puede en las relaciones primitivas o durante las conmociones en la vida del Estado, adoptar el carácter de un poder de hecho. Más en un Estado ampliamente desenvuelto o en una situación normal, ha de tener el carácter de un poder jurídico.”<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> Romano, Ruggiero. Tenenti, Alberto. Op. cit. Página 269.

<sup>292</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1954. Página 302.

<sup>293</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 295.

<sup>294</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 324.

Sin embargo conviene detenerse precisamente en la tarea que en tal o cual momento histórico se atribuye al Estado moderno y que sin embargo permite mantener y analizar sus constantes. Así como en los inicios del siglo dieciséis debía organizarse, formando burocracia y aparatos para enfrentar y superar al poder feudal, solo pocos años más tarde, siguiendo los movimientos de la nueva economía tendría por objeto dentro de su espacio material y jurídico propiciar la instalación y consolidación del nuevo modo de producción capitalista. En ese sentido por ejemplo, en los inicios del siglo XVII en Inglaterra o en los países bajos, “la intervención del Estado, que ahora ejerce una especie de protección al desarrollo de las industrias locales contra la amenaza de competencia de los productos de países extranjeros, que ofrece primas y préstamos de producción, por ejemplo, para la construcción de naves, que invita a obreros cualificados extranjeros, ofreciéndoles garantías jurisdiccionales (y esto es nuevo), además de privilegios económicos”<sup>295</sup> señala un cambio cualitativo de dirección funcional del Estado al servicio de las nuevas necesidades en una constante de elementos morfológicos. Esa nueva función no solo consolida las formas financieras nacientes, tan decisivas hoy, sino que además consolida el modelo de intercambio entre naciones ampliando decididamente los horizontes del mundo donde dicho intercambio se produce a la vez que lo reúne en una nueva universalidad auto conscientemente expansiva y condensada política y conceptualmente desde el centro europeo.

Se ha constituido así un nuevo contexto discursivo de la soberanía, no solo sobre el territorio, sino en nombre de la comunidad. “Con lo cual podemos decir que la comunidad es siempre el poder supremo, no en tanto en cuanto está bajo una forma de gobierno, porque éste poder del pueblo nunca puede hacerse efectivo hasta que se disuelva el gobierno”<sup>296</sup> decía Locke, separando su ejercicio de la idea de soberanía y gobierno. Estado en tanto dominio y prerrogativa, bando en pleno, señalado supone más que un poder puesto en las manos del príncipe (*nótese la*

---

<sup>295</sup> Romano, Ruggiero. *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*. Siglo veintiuno editores, s.a de c.v. México DF. 2004. Página 283.

<sup>296</sup> Locke, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa Calpe. Madrid. 1991. Página 314.

\* El intercalado es nuestro.



*minúscula*\*) que le permite satisfacer a bien público en aquellos casos en que, por circunstancias imprevistas e inciertas, las leyes sean incapaces de decidir aquello que conviene al bien público”<sup>297</sup>. El poder, por más invocaciones que se hagan al soberano comunidad, no se encuentra ya en él, sino mediado en sus representantes, o en quien asuma esa función para una correcta dirección y control de las funciones históricas necesarias a cada época. La soberanía se dice comunidad pero sigue siendo bando, es decir, esencialmente fuerza, “a la vez atractiva y repulsiva, que liga los dos polos de la excepción soberana: la nuda vida y el poder, el homo sacer y el soberano”<sup>298</sup>, marcando históricamente (política, económica, ideológicamente) la relación entre mercado, estado y comunidad por la alianza de los dos primeros en perjuicio de la última.

Será preciso volver nuevamente a ésta situación de alianzas que marca el periodo revolucionario europeo para determinar su influencia en las formas no solo modernas sino además republicanas del Estado y del Derecho, recubiertas ahora de igualdad y objetividad. Señalemos sin embargo al respecto algunas características de cierre y apertura de éste proceso de constitución del Estado moderno, en pleno momento de pre modernidad y capitalismo inicial pero ya en consolidación:

Primero, una noción de soberanía que se hunde en el absolutismo del viejo régimen y en la soberanía desnuda del poder, en que ese poder de soberanía, antes que ley o contrato, es derechamente bando, en su doble acepción de edicto y de su comunicación, sumisión y/o sometimiento de los ciudadanos al poder de quien domina, de manera que “la relación de bando ha constituido desde el origen la estructura misma del poder soberano.”<sup>299</sup>

Segundo, una idea acentuada de gobierno en base a la discrecionalidad, definida no desde la decisión compartida ni siquiera desde la representación delegada, sino desde la prerrogativa, un espacio amplio y semi vacío entregado a la noción abstracta de bien común. Como lo señalaba Locke “La prerrogativa consiste

<sup>297</sup> Locke, John. Op. cit. Página 321.

<sup>298</sup> Agamben, Giorgio. *HOMO SACER. El poder soberano y la nuda vida*. Pretextos. Valencia. 2003. Página 143.

<sup>299</sup> Agamben, Giorgio. Op. cit. Página 143.

únicamente en que el pueblo permite a sus gobernantes que decidan en muchos aspectos que la ley no contempla, aunque en ocasiones se contradiga la letra misma de la ley, siempre y cuando ella favorezca el bien público y contando con la aquiescencia de la sociedad cuando esto suceda”<sup>300</sup>. La administración se encuentra demasiado cerca de la discrecionalidad y del arbitrio, aunque también funcionarizada al bien común que el modo de producción y de control de la nuda vida requiere. “Pues la prerrogativa no es más que poder de promover el bien público al margen de cualquier regla”<sup>301</sup> con la sola apelación al cielo en contrario<sup>302</sup>.

Tercero. Lo anterior genera un efecto paradójico y curioso pero meridianamente claro en su decisionismo. La soberanía se dispersa y se reúne constantemente entre la administración racionalizada y el príncipe, y éste condensa ambos en el Príncipe, con mayúscula, sumo administrador de esa tensión que se presenta desde los orígenes de la modernidad que Boaventura de Sousa Santos sitúa entre la regulación y la emancipación<sup>303</sup>. El Príncipe sin embargo, más allá de sus representaciones se asume en el poder de mando mismo, en lo absoluto de su voluntad decisoria, de su preparación para el control absoluto, situación de guerra como forma máxima de lo político<sup>304</sup> en dirección de su función decidida como bien

---

<sup>300</sup> Locke, John. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa Calpe. Madrid. 1991. Página 325.

<sup>301</sup> Locke, John. Op. cit. Página 327.

<sup>302</sup> En Chile existe un dicho popular que probablemente representa aún más la discrecionalidad del poder disfrazada de institucionalidad. Ante aquellas situaciones en que la arbitrariedad es máxima y nada se puede hacer, toda vez que el órgano que debe decidir de alguna manera está cooptado o ya se conoce su adhesión a dicho arbitrio, se dice que solo queda “reclamar a la FIFA”, haciendo referencia a la época en que era regida por Joao Havelange y su poder supremo sobre ella.

<sup>303</sup> Santos señala que esa era la tensión original que traía consigo la burguesía europea contra el antiguo régimen, permitida por la cientifización del antiguo derecho romano, transformado de práctica de regulación en “erudición inútil y en esoterismo impenetrable”, pero que permitía mantener viva esa tensión en tanto fuese útil en la lucha por el poder económico, cultural y político. “Una vez conquistado el poder político, esa tensión perdió toda utilidad histórica”. Al respecto ver: De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclee de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Especialmente Páginas 135 a 139.

<sup>304</sup> Al respecto, sobre la expresión “la política es la continuación de la guerra por otros medios”, inversión con sentido de la frase de Karl Von Clausewitz, “la guerra es la continuación de la política por otros medios”, puede verse Foucault Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de razas al racismo de estado*; donde se hace un interesante análisis de la guerra como actividad de constitución de una forma de dominación que “pasa” por el Estado en un proceso de organización de éste para su fin, que en el acto de la guerra, administración, decisión y objetivo se hace una enumeración tautológica de su alcance. “En suma: una sociedad atravesada enteramente por relaciones guerreras es sustituida por un Estado dotado de instituciones militares.” Foucault, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de razas al racismo de estado*. Las ediciones de la Piqueta. Madrid. 1992. Página 57.

común del que detenta el poder y define lo común y lo que se excluye. “Así pues, un príncipe no debe tener más objetivo ni más preocupación, ni dedicarse a otra arte que el de la guerra, su organización y su disciplina”<sup>305</sup> decía Nicolás Maquiavelo; sosteniendo además que “hay dos formas de combatir: una es con las leyes y otra es con la fuerza. La primera es propia del hombre, la segunda de los animales: pero, puesto que muchas veces la primera no basta, conviene recurrir a la segunda”<sup>306</sup>. Administración y acto de poder y disposición, gestión de lo político y de lo vivo, del territorio y del pueblo por el poder y para la función necesaria. Necesidad y temor. “Por eso un príncipe sabio tiene que buscar la manera de que sus ciudadanos en cualquier circunstancia tengan necesidad de él y del estado; así le serán siempre fieles”<sup>307</sup>.

Cuarto. Una fundamentación ideológica distinta a la del poder regio como expresión del poder absoluto de Dios, que se concibe a sí mismo como un nuevo sentido de la racionalidad en la fundamentación y en la administración de los gobiernos y los reinos. De Bodino a Rousseau, en una pluralidad de interpretaciones acerca de qué significa exactamente la iluminación por la razón, el lusnaturalismo Racionalista se constituirá en la nueva fundamentación de lo político (que incluía a lo social, que no se concibe fuera del poder de gobierno) que marcará de allí en adelante la justificación de toda racionalidad instrumental de lo jurídico a partir del pensamiento abstracto, acentuando que toda nueva administración será en adelante una organización política impersonal.

En ese sentido, puede por ejemplo observarse que en el inicio de *El Príncipe*, cuando se señala que “Todos los estados, todos los gobiernos que han regido y rigen la vida de los hombres han sido y son repúblicas o principados”<sup>308</sup>, la noción misma de lo político se aparta ya del *status regni* de Tomás de Aquino o del *statum conservandum* de Acursio, para elevarse definitivamente en un sentido moderno

---

<sup>305</sup> Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Editorial el Ateneo. Buenos Aires. 2006. Página 113.

<sup>306</sup> Maquiavelo, Nicolás . Op. cit. Página 133.

<sup>307</sup> Maquiavelo, Nicolás . Op. cit. Página 85.

<sup>308</sup> Maquiavelo, Nicolás . Op. cit. Página 21.

centrada en el acto de mando y de instrumentalidad de la ley como forma. La idea del soberano como *legibus solutus* expresada por Bodino (1530-1596) cuando señala que en el poder de “dar y anular la ley están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de suerte que, hablando en propiedad, puede decirse que no hay más que este atributo de la soberanía”<sup>309</sup> inclina la balanza hacia el lado de la ley como aparato racional por sobre la costumbre, marcando un nuevo horizonte ideológico propiamente moderno. Como señala Ruíz Miguel “el Estado moderno estaba destinado a ser consolidado ideológicamente por el iusnaturalismo racionalista”<sup>310</sup>, en que secularizado el pensamiento se hace posible derecho individual a sostener su propia creencia se construye un nuevo tipo de razón secularizada, causal y demostrativa versus la antigua razón teológica eclesial, finalista teológica e interpretativa.

“Lo decisivo de la modernidad es que con la ruptura del magisterio romano por la Reforma –que, gracias a la imprenta (ca.1450), permite una interpretación individual o personal de la Biblia, por primera vez accesible en las lenguas vernáculas-, puede aparecer la razón como instrumento individual y, a la vez, como esencialmente igual en todos los hombres”<sup>311</sup> y las decisiones políticas y la juridicidad son ya un acto de razón y no un acto de fe. El paso de la obligación ancestral como fundamento original de las decisiones, a la asignación de leyes y obligaciones como consecuencia de actos de decisión; y de la naturaleza a la sociedad mediante un contrato social, impone esta nueva racionalidad instrumental de las instituciones y aparatos como fundamento y fuente de la acción, pero a nivel de razonamiento, deja, con otro signo, subsistente y reforzado el criterio de un pensamiento abstracto destinado a ordenar la vida.

El movimiento es doble. Por una parte esta nueva fundamentación ideológico instrumental de la modernidad es un acto de toma de conciencia de sí mismo frente a lo intemporal del antiguo poder, de afirmación de necesidad del Estado nación en

---

<sup>309</sup> Bodino, Jean. de SIX Livres, apud Ruíz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2002. Página 172.

<sup>310</sup> Ruíz Miguel, Alfonso. Op. cit. Página 170.

<sup>311</sup> Ruíz Miguel, Alfonso. Op. cit. Página 185.

el mismo acto de su decisión política e histórica de afirmarse. Como señala Bauman, “Podría decirse que la política del Estado nación precedió y condujo al establecimiento del Estado nación: en cierto sentido, la política se creó su propio objeto”<sup>312</sup>. Por la otra, y aunque parece solo un breve desplazamiento, el cambio de signo del iusnaturalismo teológico al racionalismo, apunta en el mismo sentido de nueva centralidad de objeto político. Frente al discurso de la moral emanada de un abstracto de fe e intentado glosar de su libro simbólico cultural, “El iusnaturalismo moderno, en cambio, ha sido visto como deontológico, en el sentido de que considera al Derecho Natural –o, mejor, a los derechos naturales- más bien como el referente o deber ser ideal del Derecho positivo como su esencia o modelo conceptual y definitorio”<sup>313</sup>, sellando así el sometimiento del mundo humano a la razón que los racionalistas buscan. En uno u otro sentido, a nivel conceptual e instrumental el argumento adquiere novedad y fuerza y se reforzará de ahí en adelante.

Quinto. El origen de un estado racional de competencia sobre espacios territoriales con disponibilidad de materias primas y poblaciones, le otorgará una poderosa característica instrumental y de fundamentación al Estado naciente, en una verdadera reunión de poderes, miedo y libertad administrables bajo un discurso de necesidad por bien común. Quien mejor lo expresa probablemente es Hobbes, cuando describe un estado de guerra permanente que pone en peligro la convivencia en tanto posibilidad de trabajar, lo que lleva a erigir al Estado en un gran guardián de la vida en sociedad y a la sociedad como una subordinación necesaria a ese control. En esta nueva sociedad moderna de competencia y sin la venganza o el amparo de la otra vida prometida por Dios, “hay un constante miedo y un constante peligro de parecer con muerte violenta. Y la vida del hombre es solitaria, pobre desagradable, brutal y corta”<sup>314</sup> de manera que la única protección posible, ya que se está racionalizando el poder, es transferirlo a ese ente impersonal, capaz de

---

<sup>312</sup> Bauman, Zygmunt. *La sociedad sitiada*. Fondo de Cultura Económica Argentina. Buenos Aires. 2004. Página 120.

<sup>313</sup> Ruíz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2002. Página 191.

<sup>314</sup> Hobbes, Thomas. Citado apud Ruíz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2002. Página 202.

administrar no solo la vida, sino también la nuda vida, es decir el control de miedos y ansiedades, así como de cerrar el territorio contra todo enemigo externo que atente contra esta vida. El trueque de seguridad por libertad tiene, en cuanto protección del nascente modo de producción, una utilidad final innegable. El poder se vuelve dominación justificada por maximización. Más allá de las diferentes atenuaciones de ese carácter el Estado tuvo y sigue tendiendo ese carácter de Leviatán, que se alimenta y engendra discursos de terror y necesidad de control sobre todas las esferas y subordinación de la comunidad a estas reglas.

Sexto. A partir de estos actos de fundación y fundamentación se instala no solo una nueva racionalidad sino también nuevas reglas del juego de lo político y lo jurídico.

Si hasta antes le regla de poder se manifestaba derechamente por la afirmación de la fuerza, y aunque en verdad lo seguirá haciendo, de allí en adelante la forma de ese acto político será la mediación de dicho acto de dominación a través del discurso de la ley. “La guerra nunca desaparece por que ha presidido el nacimiento de los Estados: el derecho, la paz, las leyes, han nacido en la sangre y el fango de las batallas y rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban los filósofos y juristas- batallas y rivalidades ideales”<sup>315</sup>, lo que verá la luz será una nueva ejercitación de los discursos que busca afirmar en el gesto racional de una repetición de formulas de verdad, el acto de voluntad que certifica, produce y reproduce la nueva institucionalidad, asignándole el carácter de un estadio superior de humanidad, un acto civilizacional no solo administrador de la fuerza a sus fines, sino básicamente una justificación de la misma, dispuesta a posponer la fuerza ante la verdad de la afirmación jurídico estatal.

En ese nuevo campo de juego de la modernidad que será el Estado, “la verdad es un plus de fuerza y se despliega solo a partir de una relación de fuerza”<sup>316</sup>, que es la base y fundamento substancial de lo estatal para imponerse, interna y externamente, de unos a otros. A partir de la imputación de prescripciones

---

<sup>315</sup> Foucault, Michelle. *Genealogía del Racismo*. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1992. Página 59.

<sup>316</sup> Foucault, Michelle. Op. cit. Página 62.

por parte de sujetos tan terrenales como los dirigidos, aunque en una posición de poder distinta, se ha escindido la sociedad entre dos categorías de individuos, obligados a someterse y afirmarse cada uno a sí mismo como sujetos de ese nuevo despliegue de fuerzas. “El sujeto que habla es un sujeto no tanto polémico, como propiamente beligerante”<sup>317</sup>, pero su verdad dependerá siempre del factor del uso de la fuerza, que ha sido reservado solo para algunos en la medida que el Estado se vuelve el único detentador legítimo de esta fuerza, donde toda legitimidad solo es posible en tanto en cuanto se acepte no solo las reglas sino el campo de juego mismo. Toda política fuera del Estado adquirirá ilegitimidad. La universalidad del Estado es el signo de la universalidad del proyecto moderno, de los intereses de las clases y grupos que lo sustentarán.

Como intentaré demostrarlo más adelante, en la medida que ese nuevo juego es el de una clase ya propiamente moderna, la burguesía, todo juego será su juego, de sus ideales, su ideología y su capital. La racionalidad misma del Estado moderno será tanto racionalidad de dominación como racionalidad de maximización. “Se trata entonces de una racionalidad que a medida que surge y se desarrolla, se hace abstracta, cada vez más ligada a la fragilidad y a la ilusión, a la astucia y a la malicia de aquellos que, habiendo obtenido previamente la victoria –y por tanto se ven favorecidos en la relación de dominación- tiene todo el interés de no volver a ponerla en juego”<sup>318</sup>.

Séptimo. Esa característica de nueva racionalidad del Estado y de sus decisiones, de legitimidad y verdad de sus afirmaciones de poder dimanadas en tanto leyes, unidas al paradigma de ciencia a la par en desarrollo, configurará una característica decisiva en la reducción permanente de sujetar la decisión a ley y del derecho a la norma. Flujo y reflujo del derecho entre el cientifismo y el positivismo. Es ese origen apenas moderno pero ya contractualista y científicista donde debe buscarse el origen de una práctica de allí en más permanente del Estado, del Derecho y de sus actos de decisión, esto es, que la sola razón científica expresada en el Estado es capaz de resolver y responder a la totalidad de las cuestiones

---

<sup>317</sup> Foucault, Michelle. Op. cit. Página 62.

<sup>318</sup> Foucault, Michelle. Op. cit. Página 64.

sociales, de manera que se hace idéntica la razón científica, la razón de estado y la razón burguesa como un acto de dominación sino disfrazado al menos mediado por las formas.

De Hobbes a Bentham lo que habrá de continuo en los actos de autoridad del Estado será el hecho que “la ley y el mandato de aquel que tiene poder sobre otro, así como el sistema de derecho, deben ser un conjunto de señales coherentes emanando del soberano”<sup>319</sup> que orientadas al bien común deben adquirir positividad. Ese bien común sin embargo no es sinónimo de satisfacción de necesidades de todos los individuos, sino de mantención de las reglas del juego nunca deben ser desobedecidas bajo la amenaza de ser excluido y criminalizado, pero también como una forma encubierta de decir que fuera de ese campo de juego no existen otras posibilidades de vida, como si toda realidad solo pudiese ser la realidad dibujada por el nuevo proyecto estatal moderno. Suplantando el orden divino, el orden estatal anuncia a su vez que fuera del orden no hay nada, de manera que todo valor debe quedar subordinado a su proyecto material de intercambio propietario, que la era del capital revelará con toda la brutalidad al hacer sinónimos la exclusión del orden impuesto con la marginalidad y pobreza concreta de los insumisos; ya no por razones de orden natural sino por su lugar en la producción.

El Estado y sus actos son así siempre actos de dominación, para la aplicación de un bien común predefinido y jerarquizado, nunca participativo en sí mismo ni por ni para los dirigidos. El bien común a que atenderá el Estado es entonces una figura lógico racional antes que valorica, aseguramiento para evitar rehacer la discusión acerca de la legitimidad de origen de quien ejercerá de allí en más el mando de las poblaciones. En la dictación de la ley, en su aplicación jurisdiccional como en su ejercicio político de dominación, la voluntad del Estado es acto de administración y dominio no de inclusión. Con la idea de bando de fondo, la ley y ya no el acuerdo que se supone debiera sustentar un contrato social, el orden y el mando serán los axiomas de legitimidad de todo acto de gobierno. “La ley positiva (la positividad legal) se caracterizará por lo tanto, no por su acceso directo a la justicia, sino por su

---

<sup>319</sup> Billier, Jean Cassien. Maryioli, Hágale. *História da filosofia do direito*. Editora Manole Ltda. Sao Paulo. 2005. Página 188. En el original “a lei é o mandamento daquele que tem poder sobre outrem, e o sistema do direito deve ser um conjunto de sinais coherentes emanando do soberano.”



derivación inmediata de la organización del poder irresistible. En definitiva, con la existencia de la ley positiva, el criterio y la definición de la justicia permanece en un segundo plano”<sup>320</sup>.

Octavo. El bien común deriva así del acto de la población de adherir al proyecto político del soberano como del acto de autoridad que constituye ese proyecto y que es siempre decisión unilateral, lo que se instalará será una tensión que subsiste hasta hoy en las discusiones sobre el rol del Estado, sus funciones, aparato y dispositivos de poder. Boaventura de Sousa Santos la denomina precisamente como una tensión entre certeza y justicia. Y esto será resuelto por una idea de extraordinaria eficacia discursiva y política, la idea del contrato social que afirma la necesidad de la vida social en torno a esta nueva forma fuerza que se constituye en la modernidad, toda vez que si la expresión de ese contrato será su institución, el Estado, la tensión individual versus la comunidad desaparece, porque “en el contrato social la voluntad individual puede ser buena o mala, mas la voluntad general solo puede ser buena”<sup>321</sup>.

De aquí en adelante esta tensión se expresará no en la conjunción de los tres principios de la sociedad contractual moderna (Estado, mercado y comunidad) sino en la dificultad de reunirlos en un acto de neutralidad social. La disputa por el acceso al poder, la decisión y la propiedad de cada bando que estos principios representa se definirá por el cierre de protección en torno al valor común defendido por los principales teóricos de la modernidad jurídica, que hace difuminar las diferencias en su aseguramiento. La bondad de éste nuevo ente, institución y aparato radica precisamente en que a la luz de éstas inspiraciones teórica aparece en definitiva “el Estado legitimado principalmente por la seguridad que puede conferir a las relaciones de propiedad”<sup>322</sup>. La soberanía del pueblo transformada en soberanía del Estado nación pondrá énfasis en el control de las materias primas y la población

---

<sup>320</sup> Almoguera, Joaquín. Díaz Otero, Eduardo. *Sujeto, razón y naturaleza en la filosofía jurídica y política clásica-moderna*. Editorial Dykinson. S.L. Madrid. 2000. Página 22.

<sup>321</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 146.

<sup>322</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. cit. Página 153.

para mantener y profundizar la medida de las cosas y las relaciones: la propiedad como base de la economía que haga posible en concreto ese bien común abstracto. Es esa justificación de una nueva globalidad de principios, fines y funciones lo que permitirá dar el salto del antiguo régimen al nuevo orden propiamente moderno.

En la posibilidad de asegurar la correcta combinación de los principios de autoridad, intercambio y necesidades comunitarias radicaré el papel decisivo del estado y de las formas jurídicas modernas. “Así, la complejidad del paradigma de la modernidad reside en el hecho que el derecho sea, potencial y simultáneamente, voluntad del soberano, manifestación de consentimiento y auto-prescripción”<sup>323</sup>.

Adquiriendo el lugar de la totalidad que representaba la divinidad en la edad media, el Estado como institución y proyecto logró proponer e imponer sus fines de clase ascendente al conjunto de la población. Como lo señala el mismo Boaventura de Sousa Santos, y en esto concuerdo con él, “a través del sistema jurídico, el Estado moderno se convirtió en el principal garante de la confianza en masa que necesitaba la sociedad moderna”<sup>324</sup>.

El siguiente paso histórico de las revoluciones modernas, permitirá demostrar la efectividad de estas afirmaciones.

A partir de la enunciación del Estado como necesidad política para asegurar el desarrollo de un nuevo modo social de producción, en las acciones políticas como la elaboración de las teorías y propuestas que permitían instituir su conformación como aparato se inicia un proceso teórico y social de increíble confluencia que determinará y consolidará un modo de lo político que es el Estado Nación propio de la modernidad. Desde ésta perspectiva, no puede separarse la emergencia y consolidación del Estado moderno de toda la serie de tramas y sucesos que van a desarrollarse desde el siglo diecisiete en adelante y que lo van a constituir, tanto en su forma original como en sus variantes que durante los siglos diecinueve y veinte conocimos. “Si la economía del mundo del siglo XIX se formó principalmente de la

---

<sup>323</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. cit. Página 155.

<sup>324</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. cit. Página 205.

Revolución industrial inglesa, su política e ideología se formaron principalmente bajo la influencia de la Revolución francesa<sup>325</sup>, acogiendo sus ideas, como también sus símbolos y sus contradicciones. De la conjunción de proyectos, procesos y elementos resultantes de las revoluciones económicas, políticas y sociales de la Europa post feudal resultará el modelo no solo político, sino también jurídico, que ha conducido la acción del derecho y los sujetos en la modernidad.

Si se considera que hasta antes del siglo XVIII la vida en su totalidad tenía otra fisonomía, podrá apreciarse lo esencial de los cambios que iban a producirse. El paso de una economía agraria a una industrial, del mundo rural al urbano, del trabajo servil al asalariado, del gobierno personal del monarca al de la representación, de una soberanía del deber a una de las obligaciones, van a constituir las principales instituciones que son a su vez tensiones del mundo propiamente moderno, que tienen en su acción misma la condición del combate y despliegue de fuerzas permanente, pero también la constante amenaza de crisis, equilibrada apenas por episodios de empate difícil, durante muy pocos años del siglo XX. Los cimientos de esa condición moderna se encuentran en el choque de los modos de producción, las culturas y las prácticas de poder de la era medieval en superación y de la modernidad naciente.

Para ser precisos, lo que hemos denominado como edad feudal, en los siglos XIII al XVI no son en realidad solo una época agraria, sino una de transición o tal vez resulte mejor usar como expresión el de una época de combinación de formas viejas y nuevas de símbolos, relaciones y mecanismos. Si bien es cierto la economía y las relaciones de producción, intercambio y conectividad social se referían a ese modo de producción, de lo que se trató fue de un periodo “en que la burocracia comercial y administrativa se desarrolló en algunas naciones junto con la persistencia de los privilegios feudales<sup>326</sup>, incoándose el germen de lo que sería la burguesía moderna, actor privilegiado del mundo en formación y que iría constituyendo, en ensayo y error, en afirmación y discusión, su nueva hegemonía social. Por ello es que merece

---

<sup>325</sup> Hobsbawm, Eric. *La era de la Revolución, 1789, 1848*. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006. Página 61.

<sup>326</sup> Sennet, Richard. *El declive del hombre público*. Edición 62 s.a. Barcelona. 2002. Página 113.

tenerse en cuenta que ese proceso no es un modelo unitario y establecido de una vez por siempre de manera acabada, como podría pensarse de la lectura de los manuales de derecho político, o como se ha querido presentar al derecho por el positivismo: como una racionalidad total, definitiva y de cierta forma autopoiética. Lo cierto es que el proceso de instauración del paradigma moderno y con él del estado es de una incertidumbre permanente, de un continuo estado de lucha posicional, primero de la burguesía contra el antiguo régimen y posteriormente de ella contra el proletariado que la actividad industrial en ascenso engendró.

Lo que hace la diferencia entre el antiguo paradigma ideológico y modo de producción es precisamente la aparición de esa nueva clase ilustrada que bajo los lemas de la libertad y la igualdad intentaba componer esas contradicciones, a la vez que desarrollando nuevas formas de acumulación, afirmando fuerte y radicalmente la idea de la individualidad humana en cada una de las acciones políticas y económicas, sin romper del todo con el poder central como forma de gobierno. Se trataba de lograr la libertad individual sin destruir completamente la antigua organización, más de dotar de una racionalidad ilustrada a los aparatos que de sustituirlos y arriesgarse a la incerteza de revueltas sin dirección. “Por el contrario, las clases medias y educadas con tendencia al progresismo consideraban a menudo al poderoso aparato centralista de una monarquía ilustrada como la mejor posibilidad de lograr sus esperanzas. Un príncipe necesitaba de una clase media y de sus ideas para modernizar su régimen; una clase media débil necesitaba de un príncipe para abatir la resistencia al progreso de unos intereses aristocráticos y clericales sólidamente atrincherados”<sup>327</sup>. Esas alianzas, primero con el monarca, luego con los grupos agrarios va a marcar el Estado y el derecho moderno como piezas ensambladas que admiten transacciones de clases en su despliegue, pero que nunca dejan de contener el choque entre ellas. Esto es lo que más adelante le permitió a Marx y Engel decir en su *Manifiesto Comunista* que “La moderna sociedad burguesa, que ha salido de entre las ruinas de la sociedad feudal, no ha abolido las

---

<sup>327</sup> Hobsbawm, Eric. *La era de la Revolución, 1789, 1848*. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006. Página 30.

contradicciones de clase. Únicamente ha sustituido las viejas clases, las viejas condiciones de opresión, las viejas formas de lucha por otras nuevas”<sup>328</sup>.

Por eso es que debe descartarse que el nacimiento y afirmación del Estado sea un proceso unitario, abstracto y continuo, sino en verdad una escrituración de manifiestos que, recubiertos de racionalidad formal e instrumental, en verdad son prescripciones a confirmar. Como lo señala Richard Sennett, esta idea de la burguesía como clase ascendente tiene aquello de engañoso, una imagen que de tan familiar se vuelve opaca en su verdadero significado, ya que “una clase en ascenso o en desarrollo no dispone habitualmente de una idea clara respecto de ella. A veces dispone de un sentido de sus derechos antes que de un sentido de su propia identidad”<sup>329</sup>, lo que requerirá complejos momentos de desarrollo y ajuste. Así ocurrió con el desarrollo de la economía y de las ciudades por ejemplo, que a la vez que permitió acentuar la vida urbana y el desarrollo de nuevas formas de relaciones y de racionalidades, intensificaron de una manera nueva la producción agrícola. “El siglo XVIII no supuso, desde luego, un estancamiento agrícola. Por el contrario, una gran época e expansión demográfica, de aumento de urbanización, comercio y manufactura, impulsó y hasta exigió el desarrollo agrario”<sup>330</sup>, de manera que el proceso de estatización, por más que sea asociado a lo urbano, y que en buena parte lo es, tiene un conjunto de explicaciones que radican en esa conjunción de espacios geográfico-productivos; el énfasis en la tierra como propiedad de razonamiento de la posesión jurídica, o el feriado judicial en época de cosecha dan ejemplo de ello.

Ese conflicto, primero latente y después ya decididamente abierto, entre la vieja sociedad feudal y la nueva sociedad burguesa iba a generar en ese doble movimiento de continuidad y cambio nuevas estructuras frente a nuevos dilemas y nuevas necesidades. Sin salir del todo del autoritarismo se requerirán nuevas instituciones para enfrentar los problemas de las alianzas y las luchas de clases en

---

<sup>328</sup> Marx, Karl. Engel, Federico. *El Manifiesto Comunista*. SARPE. Madrid. 1983. Página 28.

<sup>329</sup> Sennet, Richard. *El declive del hombre público*. Edición 62 s.a. Barcelona. 2002. Página 116.

<sup>330</sup> Hobsbawm, Eric. *La era de la Revolución, 1789, 1848*. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006. Página 26.

juego. Constituir al aparato central en Estado iba a requerir la generación de nuevos mecanismos de mediación, de establecer y fijar condiciones generales para la producción, de construir instrumentos abstractos de síntesis de la sociedad civil que desarrollaba esa nueva economía de intercambio, la generación económica pero sobre todo jurídica de un nuevo ente gestor, el sujeto jurídico. “Pero tal sujeto jurídico es un ente abstracto, el desdoblamiento del productor atomizado (hombre concreto) en categoría política”<sup>331</sup>. En eso las ideas que impulsaron la Revolución Francesa van a ser esenciales.

Esta revolución triunfante, determinante para el Estado nación, es lo que va a explicar la penetración de las ideas de la clase burguesa en las formas modernas de derecho. Como bien lo explica Hobsbawm, “sus ideas eran las del liberalismo clásico formulado por los filósofos y los economistas y propagado por la francmasonería y otras asociaciones. En este sentido, los filósofos pueden ser considerados en justicia los responsables de la revolución”<sup>332</sup> que es donde aparecen nuevamente las ideas que se señalan como originarias pero que son - en verdad - un acto doble de afirmación de lo nuevo y de discusión con lo antiguo. A la manera que Maquiavelo lo había hecho unos siglos antes con su manifiesto constitutivo de lo estatal, similar cosa va a ocurrir con la enunciación de los llamados *Derechos del Hombre y del Ciudadano*, un manifiesto anti jerarquía y contra privilegios, pero no a favor de una verdadera sociedad igualitaria, sin que en beneficio de los intereses de la nueva clase social hegemónica: igualdad formal con desigualdad real, propiedad privada como derecho natural, participación mediatizada por los representantes, constitucionalismo que admite monarquía, la idea de una nación como imaginario cultural en que anclar el capital y las mercancías destinadas a circular en la globalidad entonces conocida, mantención de la jerarquía en los aparatos decisorios, etc.

Mientras que desde el punto de vista de una historia de las ideas “la idea moderna sobre los derechos humanos proviene de una oposición entre naturaleza y

---

<sup>331</sup> Lechner, Norbert. *Obras escogidas de Norbert Lechner*. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2006. Página 130.

<sup>332</sup> Hobsbawm, Eric. *La era de la Revolución, 1789, 1848*. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006. Página 67.

cultura”<sup>333</sup> en que además de las costumbres y las leyes existe un cierto estado de dignidad original inmutable, desde el punto de vista político se trata de una contradicción de formas de ejercicio del poder –del poder pastoral al control total- la aparición del modo de producción capitalista generará en ese movimiento de manifiesto desafiante y constitutivo a la vez, las instituciones que servirán de fundamento a la burocracia, los aparatos y los dispositivos modernos. A esto debe sumarse además el discurso nacionalista que vendrá a cerrar la noción de territorio como parte constitutiva del Estado. Nuevamente en un ejercicio de tensión polar, las ideas ilustradas resultaban en sí mismas expansivas, dominantes y colonizantes incluso, donde la contradicción de la libertad y la igualdad se extendió hacia fuera de las fronteras estrictamente europeas, arrastrando la doble sensación de soberanía y control desde el centro y de soberanía y liberación desde las colonias. Reclamar unidad cultural frente a los extraños, esos bárbaros permanentes, permitió a los nacientes Estados europeos a la vez cerrar sus fronteras locales que expandirlas en ultramar en busca de materias primas y lugares de destino del intercambio intensivo naciente, y otorgó una justificación abstracta a la imposición de cerrar los hitos construyendo fronteras primero y muros y guetos después.

Las fuerzas e ideas de las dos revoluciones, la industrial anglosajona y la francesa, proyectaron la idea completa de un nuevo mundo de origen europeo en lo político y en lo simbólico, reuniendo discursivamente a la vez tanto la tradición de la filosofía griega con la redención cristiana como el empuje industrial con la luz para el mundo que representaba la era de la razón y sus instrumentos. Ese discurso se va a constituir en nacional en tanto permite precisamente representar ambiguamente los intereses locales o mundiales en disputa y por esa vía va a dar un nuevo significado al Estado y su soberanía en tanto nacionales. Centralidad, localismos y dislocación se encuentran también en éste proceso. Hobsbawm, situándose en la década de 1830 a 1840, lo explica señalando que “Mirar hacia París era razonable; mirar hacia una vaga Italia, Polonia o Alemania (representadas en la práctica por un puñado de emigrados y conspiradores) sólo tenía sentido para los italianos, los polacos y los alemanes”; pero sin embargo el pensamiento nacional, aunque ambiguo y por la necesidad de diferenciación creciente, resultó capaz de asentarse en las ideologías

---

<sup>333</sup> Sennet, Richard. *El declive del hombre público*. Edición 62 s.a. Barcelona. 2002. Página 206.

políticas y jurídicas, ya sea en América o en Asia. En un siglo de expansión y radicación, la apropiación jurídica de las mercancías y las poblaciones tenían mucho sentido para tener soberanía propia<sup>334</sup>. La influencia de las ideas de la Revolución Francesa fueron nuevamente determinantes. En América Latina por ejemplo “las revoluciones latinoamericanas fueron obra de pequeños grupos de patriotas,

---

<sup>334</sup> Por ello es que el Código Civil Chileno por ejemplo, inspirado en el código napoleónico y aprobado en momentos de expansión territorial interna a la basta geografía de tierras al sur del país, a esa altura (1855) aún controlada por los indígenas Mapuches, buscando dotar de legitimación legal en el más puro sentido que después Weber racionalizaría, incluye en su libro inicial una serie de artículos que deben entenderse en ese sentido de construcción jurídica de la soberanía. A saber los siguientes:

Art. 1. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Art. 2. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 3. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Art. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

Art. 15. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

Art. 16. Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.

Art. 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

Art. 18. En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.



soldados y afrancesados, dejando pasiva a la masa de la población blanca, pobre y católica, y a la india, indiferente y hostil”<sup>335</sup> y contenían en verdad solo un embrión de nacionalismo, pero que a pesar de eso fue consagrado legislativamente.

Así, mientras la guerra por las naciones –y entre ellas- representa el momento político del desarrollo Estatal moderno, y la “revolución en la propiedad rural fue el aspecto político de la disolución de la tradicional sociedad agraria; su invasión por la nueva economía rural y el mercado mundial, su aspecto económico”<sup>336</sup>, la consagración de las ideas seculares fue el momento teórico que va a permitir sellar y dar coherencia legitimante y racional a las nuevas formaciones territoriales y a las instituciones políticas estatales. El liberalismo burgués era esa ideología y pronóstico de futuro posible y se expresó, a pesar de sus diferencias, desde el absolutismo monárquico de Hobbes hasta el utilitarismo de Bentham o Mill, afirmando la individualidad necesaria para escindir la soberanía total medieval hasta un absoluto del interés particular que en un movimiento piramidal debiese producir el interés general, sirviendo a la vez que de fundamento de construcción, también como argumento contra un Estado demasiado influyente en contra de los intereses de la nueva burguesía capitalista y nacional. A nivel de las ideas el liberalismo contiene también esas tensiones de la modernidad, autoritarismo y utilitarismo, interés particular y general, libertad e igualdad formal en peligro de ser demandadas como equidad material. Y esa confluencia fue decisiva para la formación de una teoría moderna del estado, ya que, en el caso de los utilitaristas ingleses por ejemplo, si bien no monopolizó la ideología liberal si “proporcionó los más agudos filos radicales con que tajar las instituciones tradicionales que no podían contestar a las preguntas ¿es racional?, ¿es útil?, ¿contribuye a la mayor felicidad del mayor número?”<sup>337</sup>, estableciendo así una barrera de distinción y de fuerza entre lo necesario y lo útil desde el punto de vista instrumental de las leyes, aparatos e instituciones.

---

<sup>335</sup> Hobsbawm, Eric. *La era de la Revolución, 1789, 1848*. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006. Página 148.

<sup>336</sup> Hobsbawm, Eric. Op. cit. Página 169.

<sup>337</sup> Hobsbawm, Eric. Op. cit. Página 241.

Parece hasta increíble que el sólo impulso de *liberalismo emergente* pueda aglutinar a ideas a la vez tan distintas y complementarias como las de Hobbes, Locke, Rousseau, Voltaire, Ricardo, Smith, Bentham, Mill, Toqueville, Blake, Manzini o Humboldt, y colocar aunque en contradicción, en el mismo cruce de discusión a todos los libertarios, socialistas, utopistas comunitarios y comunistas, sin aceptar que ya el sentido mismo de la ideología y sus fundamentos había cambiado definitivamente desde el cielo hacia la razón, de la luz divina a la ilustración, de la salvación al progreso.

Si las ideas francesas e inglesas que forjaron la doble revolución madre de la modernidad fueron determinantes, quienes vendrían a cerrar definitivamente el proceso serían las ideas monumentales de los filósofos alemanes admiradores de la revolución francesa (incluso Marx que aspiraba a hacerlo en un sentido distinto a los liberales). Sus ideas serían determinantes en la configuración de la idea moderna del Estado y de la juridicidad. Por eso es que Georg Jellinek es propiamente el clásico de la moderna Teoría del Estado.

“El gran progreso del Estado en la época moderna consiste en que es en y por si mismo fin, y sus integrantes no deben conducirse en relación con él de acuerdo con estipulaciones privadas, como ocurría en la Edad Media”<sup>338</sup>, sentenciaba Hegel, cerrando el capítulo de la tensión modernidad-medioevo e instalando la discusión en un nuevo y radicalmente consolidado punto histórico de la racionalidad de la idea y la legalidad, el individuo autofundante universal y la legitimidad del mando.

“El Estado tendrá que ser la unidad orgánica en la que lo particular, lo individual y lo universal se relacionan entre sí de manera tal que cada uno de los momentos tenga en sí a los demás y no permita la independización de ninguno de ellos. Las instituciones políticas tendrán que proporcionar lo que las instituciones sociales no eran capaces de hacer: ser el lugar de unión de la libertad individual y de la realización de los fines que requiere por sí mismo el ejercicio de la libertad”<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> Hegel, G.W. Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 163.

<sup>339</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 32-33.

sentenciaba Hegel, afirmando -como puede verse- el hecho de ser el Estado precisamente la superación definitiva de un orden ya arcaico, y la libertad individual el pilar fundamental sobre el cual relacionar individuo y poder. De aquí en adelante la teorización acerca del Estado no será ya la de un manifiesto posible sino de una ciencia que debe ocuparse de “concebir y exponer el Estado como algo en sí mismo racional”<sup>340</sup> que organice los lugares y formas de intercambio de la familia, la sociedad civil y el derecho que lo sustenta, en un juego de estadios jerárquica y racionalmente ordenados donde “el derecho del Estado está, por lo tanto, en un nivel superior al de los otros estadios; es la libertad de su configuración más concreta, que solo se subordina a la suprema verdad absoluta del espíritu del mundo”<sup>341</sup> erigido sobre la libertad en tanto sinónimo de propiedad.

A ésta altura ya la naturaleza del Estado ha cambiado, no se trata del viejo pacto redundante del orden sino de una nueva máquina de poder y garantía de su orden propietario. “Pero el Estado no es en absoluto un contrato, si su esencia sustancial es de un modo incondicional la protección y la seguridad de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio”<sup>342</sup>. Se ha constituido así un nuevo Leviatán no de naturaleza sino de finalidad racional, que en verdad es *lo racional en y por sí* y que en su fin último “tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado”<sup>343</sup>. Su misión de acá en más no será solo la seguridad sino garantizar la libertad en sí misma, que sabemos claramente Hegel la asimila a la propiedad, y que por lo mismo debe considerarse “como un gran edificio arquitectónico, como un jeroglífico de la razón, que se expone en la realidad”<sup>344</sup> y cuyas distinciones y divisiones de funciones pasarán a ser las partes de un todo claramente organizado y dirigido.

---

<sup>340</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 60.

<sup>341</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 114.

<sup>342</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 187-188.

<sup>343</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 370.

<sup>344</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 428.

Dos citas contenidas una a continuación de otra en *Principios de Filosofía del Derecho* nos muestran exactamente de que se trata el proyecto moderno del Estado nacional liberal:

Diferenciación de funciones:

“El estado político se divide entonces en las siguientes diferencias substanciales:

- a) el poder de determinar y establecer lo universal: *el poder legislativo*.
- b) La subsunción de las esferas particulares y los casos individuales bajo lo universal, *el poder gubernativo*;
- c) La subjetividad como decisión última de la voluntad: *el poder del príncipe*.”

Y a continuación define el tipo de gobierno ideal que asegura y ciertamente racionaliza el orden donde se participa en tanto libre y propietario, no en tanto habitante que requiere de instituciones de caridad:

“La culminación del Estado en la monarquía constitucional es la obra del mundo moderno, en el cual la idea substancial ha alcanzado su forma infinita”<sup>345</sup>.

En ese reino ideal y universal a la vez todo se ha abstraído en una razón perfecta que delimita las acciones de gobierno y gobernados más allá de las subjetividades individuales y que consiste en “hacer el bien no por inclinación sino por deber”<sup>346</sup> y que convierte al sujeto en legislador universal de sus propios fines. Ley que deviene en imperativo categórico “que representa una acción por sí misma como objetivamente necesaria, sin referencia a ningún otro fin”<sup>347</sup> y donde la razón “y

---

<sup>345</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 413.

<sup>346</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 61.

<sup>347</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 83.

solo la pura razón, independientemente de la sensibilidad, prescribe leyes”<sup>348</sup>. Leyes universales que no reúnen toda legislación posible pero que si las ordenan en su sentido apodíctico funcional a la razón del nuevo orden.

Eso fue lo que más tarde haría a Weber erigir el juego de legitimidades como una cuestión más que política como necesidad racional en torno al Estado nacional donde “la legitimidad racional está caracterizada por la *rule of law*, es decir –según su terminología- por la legalidad de ordenamientos sancionados, cualquiera que pueda ser su contenido”<sup>349</sup> y en que la inversión de acceso original de quienes aspiraban en el post medioevo a acceder al aparato se ha completado, toda vez que en los inicios del siglo XX ya “el pueblo y sus representantes son esencialmente súbditos del Estado de derecho y no sus fundadores”<sup>350</sup>. Por ello es que Weber ya no hablaba de poder sino más concretamente de dominación, donde la legitimidad era de esa dominación no de otra cosa y el estado como gran legislador se convierte en la fuente de legitimidad de dominación racional. De aquí en más también el sentido jurídico del Estado queda definido, toda vez que en ese aparato “El derecho es una de las formas de expresión más acabada de racionalidad en la organización de las relaciones sociales. Es, entonces, el modo más racional de institucionalización del poder bajo la forma de dominación: es en él que la dominación encuentra su legitimación más racional”<sup>351</sup> y todo monopolio político, jurídico y de fuerza se vuelve un gran acto de racionalidad instrumental.

---

<sup>348</sup> Kant, Immanuel. Op. cit. Página 145.

<sup>349</sup> Sternberger, Dolf. *Dominación y acuerdo*. Gedisa Editorial. Barcelona, 1992. Página 60.

<sup>350</sup> Sternberger, Dolf. Op. cit. Página 61.

<sup>351</sup> Rojo, Raúl Enrique. *Por una sociología jurídica, del poder y la dominación*. En Sociologías, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005. <http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=1112766> 9 agosto 2008.

## Estado y derecho.

Hecha la genealogía resulta necesario describir también la morfología del Estado y del Derecho moderno, imbricados ambos a tal punto que se entiende por derecho solo lo que proviene de la organización social a través del Estado.

La descripción de su proceso de desarrollo que hicimos era necesaria para situar la esencia política del Estado antes que describirlo de manera meramente teórica. Esto no es nuevo, ya Jellinek, en su texto clásico sobre el estado que básicamente seguiremos, tenía muy claro que en el Estado los momentos político y jurídico se encontraban siempre presentes, señalando que “La Política es la ciencia práctica del Estado o ciencia aplicada; esto es, aquella que estudia el modo como el Estado puede alcanzar determinados fines<sup>352</sup> y que en consecuencia se define en una Ciencia Política que enlazada con una sociología del Estado, analizará precisamente la realidad de las prácticas políticas y sus ejercicios en torno a la construcción y manejo del poder a través del Estado. En más de un sentido en torno a ello concurren los análisis que efectué en el acápite anterior.

Sin embargo, y a pesar que muchos científicos sociales critican la mirada estrictamente jurídica, acusando que se trata de un modo de pensar que, radicado en las descripciones abstractas de las instituciones, pierde de vista la lucha por el poder - lo que es en parte cierto, aunque ellos a su vez olvidan que el derecho es quien mejor conciencia tiene del poder y sus usos - parece absolutamente indispensable revisar la Teoría Jurídica del Estado que viene a cerrar con su especificidad el carácter instrumental del derecho del y en el Estado, configurando propiamente la racionalidad instrumental moderna que va a mediar las relaciones sociales ocultando la disputa de intereses sobre la propiedad y su acceso a ella, y legitimando masivamente la adhesión a la institucionalidad y el aparato estatal. Solo comprendiéndolo así, en el sentido que toda la doctrina<sup>353</sup> sobre el estado ha

---

<sup>352</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 10.

<sup>353</sup> Nótese que he cambiado expreso el vocablo de teoría por el de doctrina, más usado en los textos de derecho.

cumplido finalmente su poder de construcción y justificación a la vez, es posible apreciar en toda su magnitud la importancia efectuada por algunos juristas de distinguir entre ciencias causales y ciencias normativas.

El tipo de razonamiento que en adelante iban a hacer los juristas que tratan del Estado, si bien es abstracto no es neutro sino eminentemente práctico, incluso imputativo puede decirse, como la generalidad de la práctica del derecho, que incluye lo no dicho acerca de las prácticas políticas en aquello que delimitan – internamente- con el derecho, y que sería criticado por las Teorías Críticas del Derecho. Qué duda cabe que esa forma de trabajar con tipos ideales de conceptos es profundamente normativo y arquitectónico. “Esta representación de Tipos ideales entra necesariamente en la doctrina del Estado y significa la lucha por hallar el mejor de éstos y por dar una pauta para medir con ella las instituciones de Derecho Público existentes en un momento determinado”<sup>354</sup>. Se trata del principio de subsunción aplicado al Estado que busca afinar las instituciones y hacer avanzar el proyecto en la medida que la práctica se acerca al ideal predefinido. Así lo define el autor que citamos: “El método jurídico tiene por objeto fijar los principios de la doctrina jurídica del Estado y la evolución del contenido de éstos principios de derecho. La doctrina jurídica del Estado es, como ya hemos dicho, una ciencia de normas, las cuales han de ser claramente diferenciadas de las afirmaciones acerca del ser del Estado como fenómeno social”<sup>355</sup>.

Desde éste punto de vista no es que la variedad de fenómenos no normativos que conlleva lo estatal quede fuera, sino que por opción teórica, que tiene a su vez raíces históricas en la forma de constituir las disciplinas para pretenderse científicas, afirmándose y diferenciándose de las ciencias de la naturaleza y de las ciencias sociales causales, como postulaba el positivismo jurídico por ejemplo. Desde éste punto de vista, siguiendo nuevamente a Jellinek podemos decir que “La concepción jurídica del Estado tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de las relaciones de los hechos reales de la vida del Estado con aquellos juicios

---

<sup>354</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 25.

<sup>355</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 37.

normativos sobre los que se apoya el pensamiento jurídico”<sup>356</sup>. Similar distinción enuncia Alf Ross sobre el cambio de pregunta que motiva el análisis jurídico: “Las preguntas del tipo ¿Qué es...? No pertenecen al ámbito de análisis lógico”<sup>357</sup> pueden aplicarse a cosas determinadas pero no a procesos de atribución que están destinados a ser constituidos, como el de la estatalidad institución.

Teniendo clara ésta definición es posible conocer la relación del Derecho con el Estado y solo entonces se hace posible una crítica jurídica en su completo sentido más allá de la normativa, como en su oportunidad trataremos, haciendo entrar lo social en el lugar de los dispositivos y no solo a nivel de crítica política, como normalmente hacen los demás científicos sociales.

En la doctrina existe, definiciones más o menos, consenso en cuanto a que **por Estado ha de entenderse la forma moderna de organización política, ora sociedad ora gobierno, pero siempre dotado de capacidad de mandar e imponer incondicionalmente a otros la voluntad que encarna, tratándose de un poder originario y no derivativo**. A diferencia de las personas que reciben las facultades de quien se las otorga por estar investido de esas facultades como de la aptitud de delegarlas, “El Estado, como individuo, solo existe –en el derecho – como sujeto jurídico, y en éste sentido está próximo al concepto de la corporación, en el que es posible subsumirlo”<sup>358</sup>, reconociendo miembros y estructura, elementos y ejercicios de poder.

Así aparece de los conceptos que dan los autores más tradicionales de la teoría jurídica del derecho, quienes en sus distintos planteamientos rondan similares elementos y nos permiten establecer mejor el dibujo de que es jurídicamente el Estado y que elementos deja fuera y con qué objeto decididamente político y como puede romperse ese cerco a la realidad social desde lo institucional.

---

<sup>356</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 103.

<sup>357</sup> Ross, Alf. *Sobre los conceptos de Estado y órganos del Estado en Derecho Constitucional*. En *El concepto de validez y otros ensayos*. Distribuciones Fontamara S.A. México DF. 1993. Página 86.

<sup>358</sup> Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000. Página 94.



Jellinek, señala que el Estado “es la corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un territorio determinado; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”<sup>359</sup>.

Hermann Heller lo define como una “estructura de dominio duraderamente renovada a través de un obrar común actualizado, que ordena en última instancia los actos sociales sobre un determinado territorio”<sup>360</sup>.

Hans Kelsen dice que “El Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad”<sup>361</sup>, identificando uno con otro y marcando la diferenciación entre ambos niveles. En *Teoría Pura del Derecho* es un poco más claro al respecto cuando expresa que “El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización”<sup>362</sup>.

Desde el punto de vista del poder político Georges Burdeau lo define como “el titular abstracto y permanente del poder, del que los gobernantes sólo son agentes esencialmente pasajeros”<sup>363</sup> constituyéndolo como soporte de acciones políticas de quienes los detentan desde la institucionalidad.

---

<sup>359</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 135.

<sup>360</sup> Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1968. Página 248.

<sup>361</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Editorial Nacional. México. 1965. P. 21, citado por Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000. Página 97.

<sup>362</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1999. Página 150.

<sup>363</sup> Burdeau, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Editorial Nacional. Madrid. 1981. p. 23; citado por Verdugo Marinkovic Mario; García Barzelatto Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000. Página 97.

Para Alf Ross “El Estado no “es” nada porque no es correcto formular enunciados de la estructura “*el Estado es...*”<sup>364</sup> por que en verdad el Estado debe definirse por los actos de Estado que lo constituyen permanentemente y no por una esencia.

Una idea distinta pero mirando también al poder y su producción a través del derecho es la que nos entrega desde la Sociología Jurídica Oscar Correas cuando que se pregunta “¿en qué sentido podemos decir que el estado es producido por el lenguaje o, más precisamente por el discurso del derecho? Porque lo corriente es ver al estado como productor del derecho y no como su producto.”<sup>365</sup> Acentuando no solo su aparato institucional y normativo, sino su función ideológica lo describe como un verdadero fetiche en términos marxistas, es decir como “un objeto creado por el hombre, pero al cual el mismo hombre le adjudica sobre él mismo, poderes de origen mágico”<sup>366</sup> y señala que eso ocurre con la norma fundante que lleva al Estado, que es una ficción donde se establece que alguien “además de tener el poder, debe tenerlo. En definitiva se trata de una norma, una ficción, un discurso, producido por el dominado, con el que se justifica o legitima el poder del dominador. El discurso del derecho produce el poder y el estado”<sup>367</sup>.

Pero además hay un grupo de autores, como André Hauriou, que lo definen por sus elementos constituyentes, como cuando dice que “El Estado es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político, y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción”.<sup>368</sup>

---

<sup>364</sup> Ross, Alf. *Sobre los conceptos de Estado y órganos del Estado en Derecho Constitucional*. En *El concepto de validez y otros ensayos*. Distribuciones Fontamara S.A. México DF. 1993. Página 101.

<sup>365</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. Editorial M.J. Bosch, S.L. Barcelona. 1995. Página 240.

<sup>366</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 241.

<sup>367</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 242.

<sup>368</sup> Hauriou, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel. Barcelona. 1971. Página 114.

Mientras el Estado antiguo era una unidad general que no admitía división, el Estado moderno en su versión constitucional son precisamente esos elementos lo que lo proyectarán y constituirán a la vez, reuniendo elementos, funciones y mando en una actividad positiva de poder.

Tradicionalmente se citan, existiendo consenso en los autores, que todo Estado tiene tres elementos: **grupo humano o población, territorio y poder**; a lo que se agregan otros, como los órganos del gobierno, su organización jurídica, sus fines, su justificación y legitimidad. No se trata, como explican los doctrinadores, de una mera adición aritmética de éstos sino de una conjugación compleja que en su combinación es el ejercicio mismo del poder instituyente que el Estado se atribuye y ejecuta interna y externamente en su razón de Estado. “Los elementos particulares del Estado se condicionan mutuamente, y por esto, solo es posible aislar a uno de ellos de un modo hipotético, ya que cada cual tiene por supuesto a los demás”<sup>369</sup>.

Jurídicamente el Estado Moderno reunió y asimiló población, pueblo y nación. De la multitud de personas que componen un Estado se ha desglosado jurídicamente el individuo y la nación olvidando las comunidades reales que existen en los territorios y que estas formas pretenden abarcar. Se han privilegiado ambos momentos ideológicos del liberalismo histórico para constituir la unidad jurídica afín al modo de producción, transformando al individuo privado en ciudadano, es decir un titular de obligaciones y derechos civiles y políticos definidos desde el Estado en tanto estatuto jurídico del abstracto y no de lo material. Hay una diferencia entre ese pueblo político ciudadano abstracto y definido desde fuera, del pueblo político con aspiraciones de soberanía concreta y regulador por sí mismo de sus condiciones de vida. La ideología de la igualdad abstracta se ha impuesto a la diversidad que requiere de un vínculo concreto para reconstituirse.

La nación desplaza al pueblo e incluso al ciudadano en su discurso abstracto: “Lo que realmente constituye el signo distintivo de una nación, lo que la crea y sostiene, en suma es el hecho de que todos los miembros de la colectividad social establecida en un territorio determinado, desde el más humilde al más poderoso,

---

<sup>369</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 319.

desde el más ignorante al más sabio, tienen la conciencia más clara y mas resuelta de que persiguen conjuntamente la realización de cierto ideal que tiene sus raíces en el territorio habitado por ellos y que no podrían lograr si no tuviese la posesión del territorio mismo”<sup>370</sup>. Se trata de la misma idea sostenida por Del Vecchio cuando señalaba que ésta nación adquiriría perfección en cuanto se constituye en un vínculo jurídico constituido como unidad política.

Se trata del mito constitutivo de la comunidad sin conflictos y siempre ordenada por la dominación y la obediencia. “La obediencia de la totalidad de los sometidos tiene, en cambio, otro carácter; es el complemento del poder del Estado, sin el cual no puede éste existir”<sup>371</sup>. Ese es el verdadero sentido y destino de la población. Su definición conceptual y no relacional ni material hace olvidar que además del poder jurídico existen otros dispositivos de poder y control sobre estos individuos. Esa multitud abstraída es ciertamente diferente “de la totalidad de los que trabajan bajo el dictado del capital y forman, en potencia, la clase de los que no aceptan el dictado del capital”<sup>372</sup> que pretenden señalar Negri y Hardt como pueblo concreto.

El Territorio a su vez es condición pero también garantía de control sobre su población para el Estado, condición de superación del nomadismo pero también de aglutinamiento de fuerzas combatientes y productivas. Se trata de una doble expresión positiva y negativa de la soberanía.

Por un lado aquella parte de la relación que se extiende sobre el interior de sus fronteras, de su geografía jurídicamente constitutiva y de la población que la habita. No basta con el suelo, el espacio marítimo, el mar territorial, las zonas y plataformas marítimas, el espacio aéreo y los lugares simbólicos o reales de su extensión fuera de las fronteras de los mapas, se requiere dominio sobre las gentes que se contienen dentro de sus fronteras y que permiten la efectividad de dominio

---

<sup>370</sup> Duguít, León. *Soberanía y Libertad*. Tor. Buenos Aires. 1943. p. 14; citado por Verdugo Marinkovic Mario; García Barzelatto Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000. Página 104.

<sup>371</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 319.

<sup>372</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio*. DeBolsillo. Barcelona. 2005. Página 134.

sobre el territorio. La soberanía territorial es un poder dual, de consentimiento y fuerza, de residencia e imperio que permite quedarse o le obligue a la expulsión. “El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del Derecho Público, *dominium* sino *imperium*. El imperio significa poder de mando, mas este poder solo es referible a los hombres; de aquí que una cosa solo pueda estar sometida al imperium, en tanto el poder del estado ordenen a los hombres obrar de una manera con respecto a ella”<sup>373</sup>. Se trata de un poder productivo, positivo, ya que “la soberanía imperial depende por completo de los agentes sociales productivos a los que gobierna”<sup>374</sup>.

Por otra parte su expresión negativa refleja ese imperium hacia el exterior, en la construcción de una soberanía excluyente de cualquier otra soberanía lateral y delimitada por unas fronteras no sujetas a discusión. El espacio territorial se vuelve geopolítico y el geográfico jurídico, espacio que “es un sistema de valores, que se transforman permanentemente”<sup>375</sup> y que por lo mismo requiere actualización y reafirmación permanente frente a los que le amenazan, niegan o ponen las fronteras como una relación provisoria. El monopolio de la fuerza y la población refuerzan y son avanzada de ese *imperium* que es más que *dominium*. La violación de esa soberanía territorial es más que una perturbación de posesión como en el derecho privado, “sino el de la violación de la personalidad misma del Estado atacado”<sup>376</sup>.

A estos fines de control territorial y poblacional, materias primas y agentes productivos, fuerzas de producción y grupos de intercambio, posiciones de intereses políticos, económicos e ideológicos, sirven en definitiva los elementos que se señalaron como adicionales y que no son sino momentos o despliegues del elemento central de toda soberanía, el poder de dominación.

---

<sup>373</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 297.

<sup>374</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio*. DeBolsillo. Barcelona. 2005. Página 380.

<sup>375</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Pagina 87.

<sup>376</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 298.

Para ese orden público de *imperium* se requieren órganos ejecutores. “Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, es decir, equivale a anarquía, por lo cual resulta una *contradictio in adjecto*”<sup>377</sup>. Un orden burocrático que asegure la coherencia de la concurrencia de todos los elementos a la mantención perpetua del Estado mismo: órgano supremo, cámaras, tribunales, administración pública, fuerzas armadas.

El orden requiere un ordenamiento jurídico que de coherencia, fundamento ideológico, garantía y protección a los fines de subsistencia del Estado, que le otorgue continuidad en la efectividad y legitimidad en la reserva y uso de la fuerza. Un sistema jurídico que emana de y para el Estado, una actividad jurídica propia y susceptible de obligar o de comprometer responsabilidad. “El Estado mantiene una íntima y compleja relación con el derecho, en términos tales que podría estimarse que existe una acción recíproca de ambos sistemas. Es así como el Estado ejerce una influencia poderosa en la formación y en la aplicación de las reglas jurídicas. A su vez, el derecho limita la actividad del Estado”<sup>378</sup>. Parece una dimensión de pares autónomos pero que en realidad no es tal sino un solo ejercicio. Quien define el derecho define los fines de éste y del Estado en el uso de sus atribuciones. “Los fines subjetivos del Estado son los propios de cada Estado, y constituyen los contenidos muy variables del bien común”<sup>379</sup>.

En definitiva, es el poder el gran elemento del Estado. Ha mutado su racionalidad y su instrumentalidad pero el Leviatán sigue plenamente vigente: la violencia como amenaza permanente a la vez de protección a la vez de agresión si los fines del Estado –su subsistencia puede requerir expansión- así lo requieren. El cierre del círculo se completa, la propuesta de la filosofía de la voluntad está de vuelta. Todo poder es en verdad, más allá de sus teorizaciones de lo inteligible y los imperativos, como lo desnuda Nietzsche, voluntad de poder.

---

<sup>377</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 412.

<sup>378</sup> Verdugo, Marinkovic Mario. García Barzelatto, Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000. Página 136.

<sup>379</sup> Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María. Obra citada. Página 141.

“Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad”<sup>380</sup> decía Jellinek, no de un derecho de mandar como en las ordenes subalternas sino un derecho de dominación coercitivo y latente o fuerte y desplegado. “El por qué está dotado de esta fuerza es un poder de dominación y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación (Herrschen) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes”<sup>381</sup> y eso vuelve al Estado el lugar privilegiado de la política moderna, incluso en tiempos de post modernidad neoliberal. Una dominación que se justifica a sí misma es una voluntad legisladora universal. “La voluntad que ha de cuidar de la comunidad y ha de proveer sus fines, puede, en las relaciones primitivas o durante las conmociones en la vida del Estado, adoptar el carácter de un poder de hecho”<sup>382</sup>; soberanía total y ahora además unitaria.

Más allá de los conceptos, la soberanía del Estado queda definitivamente expuesta en el poder, en las estrategias de resolución de los conflictos y de la dominación, que es donde se reúne derecho y política y se sintetiza forma y fondo de la racionalidad moderna. La soberanía es en definitiva poder y viceversa.

Si la palabra poder implica capacidad de mandar o ejecutar, esto conlleva necesariamente una relación social, no hay poder no relacional, ya que su finalidad básica es la de dirigir la conducta de otro hacia un objetivo, y sin poder no hay posibilidad de una actividad política en, desde, con o contra el ente absoluto. Al menos en el sentido que tradicionalmente le ha dado la ciencia política hasta antes de Foucault, “La relación entre poder y Estado resulta igualmente obvia si se considera que aquel es uno de los elementos o condiciones de existencia del Estado. El Estado es el recinto del poder.”<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 320.

<sup>381</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 322.

<sup>382</sup> Jellinek, Georg. Op. cit. Página 324.

<sup>383</sup> Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María. *Manual de Derecho Político. Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004. Página 32.

Desplegada esa soberanía en lo jurídico, poder, fuerza, influencia son cosas distintas que se conjugan, que se reagrupan y buscan en ese discurso su legitimación permanente. En uno u otro caso la relación entre poder y legitimidad en el estado se conjugan en la legalidad. La obediencia moderna es someterse a normas y no personas señalaba Weber. El principio de legitimidad está condicionado por la efectividad dirá Kelsen. En uno u otro caso el problema de la legitimidad se convierte en uno de eficacia y de la legitimidad que su operacionalidad logre construir en la legalidad de lo que se dio en llamar el Estado de Derecho, que “implica entonces la adopción de una serie de técnicas que vinculan al poder público al derecho y la libertad al orden jurídico que la define y ampara. La actividad gubernamental se ajusta a leyes”<sup>384</sup> que mandan más que obedecen.

“Uno de los pilares fundamentales de la soberanía en el Estado nación moderno es el monopolio de la violencia legítima, tanto en el interior del espacio nacional como frente a las demás naciones”<sup>385</sup>, lo que nuevamente disuelve los demás elementos en el poder del soberano. Como señalan Bielsa y Graña, “Se ha dicho que la noción de soberanía no es más, aunque tampoco menos, que una racionalización jurídica del poder, el factor irracional de la política y entonces se llama soberano a aquel que está legalmente autorizado en una sociedad estatal para ejercer el poder político, o –con mayor pragmatismo– a aquel que, en último término, lo ejerce”<sup>386</sup>, de modo que al fin de cuentas, hacia el interior o el exterior, la soberanía del estado deviene en poder revestido en lo ordinario y desnudo en el estado de excepción, lo que implica violencia en más de un sentido.

La soberanía y el Estado mismo en definitiva, solo se consagran en la medida que se concretan, solo cuando el poder se usa adquiere sentido, solo cuando el estado manda e impone sus términos adquiere eficacia jurídica y cuando se le obedece su legitimidad. Esto no es casual; más o menos expresado, más o menos

---

<sup>384</sup> Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María. Obra citada. Página 194.

<sup>385</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio*. DeBolsillo. Barcelona. 2005. Página 48.

<sup>386</sup> Bielsa, Rafael. Graña, Eduardo. *Justicia y Estado. A propósito del consejo de la magistratura*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. Página 53.



delimitado, estaba presente desde el inicio de sus concepciones. De alguna forma Ross tiene razón: el Estado solo es cuando efectivamente es en sus actos y sus decisiones, en su juridicidad desplegada. O como lo decía Jellinek a quien hemos seguido como hilo conductor de esta Teoría del estado: “Una nueva formación de un Estado se considera pues, acabada, si todos los elementos esenciales de un Estado Existen realmente y de una manera indubitable en el caso dado, y la comunidad así formada está e situación d actuar como tal. Así sucede cuando sus órganos ejercitan realmente la soberanía, y a ellos se obedece de un modo efectivo. Con éste hecho se enlaza inmediatamente el Derecho”<sup>387</sup>.

De ésta forma, así como dijimos que no era aventurado señalar que el Estado moderno es desde su nacimiento capitalista, en tanto es parte del mismo movimiento de ascenso y consolidación de dicho modo de producción, y que la ideología de lo público y de lo privado es la ideología de la clase que lo instaura, desde el punto de vista del ejercicio del poder no es aventurado señalar que en cuanto al contenido del poder que entraña la soberanía estatal, no se ha salido jamás de una concepción absoluta de ella, solo se ha mediatizado su ejercicio, se ha dejado de actuar directamente para despersonalizar el uso del mando y trocado el bando por la ley, pero en esencia, tanto la concentración decisoria como la posibilidad de excepcionarse en la legalidad demuestran que el Estado en tanto soberano ha cambiado su forma no su naturaleza.

De hecho, ni siquiera la despersonalización del ejercicio del poder político de mando es un fenómeno ni novedoso ni exclusivamente político-jurídico, sino que es parte del proceso de cambio de las relaciones sociales y sus formas que la modernidad va adquiriendo. Esa despersonalización puede apreciarse también en la economía, en que ya en el siglo XVIII “las relaciones económicas tendían a ser impersonales, gracias al desarrollo del valor-papel, ya se trate de la letra de cambio pagadera al portador, de acciones y obligaciones lanzadas al mercado por sociedades mercantiles o industriales o por el Estado o, finalmente, de billetes de banco”<sup>388</sup>. Similar cosa va a ocurrir con las relaciones urbanas y civiles: la división de

---

<sup>387</sup> Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1954. Página 208.

<sup>388</sup> See, Henri. *Orígenes del Capitalismo moderno*. Fondo de Cultura Económica. Barcelona. 1972. Página 81

la vida entre un mundo público y uno privado separados radicalmente, de forma que “Lo público era una creación humana; lo privado era la condición humana”<sup>389</sup> es lo que permite entender correctamente el concepto republicano de *Civilidad* que “significa tratar a los demás como si fuesen extraños y forjar un vínculo social sobre dicha distancia social”<sup>390</sup>, impersonalizando las comunidades que son cada vez más diferenciadas en las ciudades hasta convertirlas en la era global en un punto de desencuentro antes que de contacto, donde todas las relaciones se vuelven tan impersonales que los guetos y bunker son en la población nacional el equivalente de la triste situación de los refugiados extranjeros, que “tras haber abandonado su entorno familiar, o haber sido expulsados de él, los refugiados tienden a ser despojados de las identidades que aquel entorno definía, sostenía y producida”<sup>391</sup>. De hecho no es casual que los mismos procesos hayan generado lugares para los extraños y diferentes al modelo de burgueses y obrero que el sistema requería para funcionar, creando cárceles, internados y manicomios que mostraban la otra cara del sujeto auto consciente, que en el lado oscuro de la legalidad no solo ejercían un poder impersonal sino además despersonalizaban efectivamente a los anormales. Como lo señala Foucault, ya en pleno curso del siglo XVIII, “Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había subyacentes, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente igualitarios disimétricos que constituyen las disciplinas”<sup>392</sup> y que son poder puro en ejercicio.

Es en ese proceso completo de constitución del Estado y de un sujeto afín a él, que implicaba volver impersonal el poder y personalizar abstractamente las relaciones de intercambio contractual en “partes jurídicas” se reorganiza la soberanía, se afianza el modo de producción y se vuelve cada vez más anónimo el sujeto real y sus necesidades materiales, al punto que hoy se le identifica más por su

---

<sup>389</sup> Sennett, Richard. *El declive del hombre público*. Edición 62 s.a. Barcelona. 2002. Página 225.

<sup>390</sup> Sennett, Richard. Op. cit. Página 578.

<sup>391</sup> Bauman, Zygmunt. *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 2005. Página 188.

<sup>392</sup> Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores. México. 1987. Páginas 224-225.

número de cédula de identidad o de seguro social que por su personalidad. El sujeto auto consciente y legislador universal devenido en pieza sustituible de un engranaje cada vez más difuso en su identidad pero concreto en sus efectos. “Muy ocupado concertando el matrimonio de la nación con el Estado, del Estado con la soberanía y de la soberanía con territorios de fronteras prolijamente selladas y fuertemente custodiadas, el mundo parece haber ido tras un horizonte muy diferente del que Kant dibujara. Durante doscientos años el mundo ha estado ocupado en hacer del control de los movimientos humanos la única prerrogativa de los poderes del Estado”<sup>393</sup>.

Pero volvamos a la perspectiva jurídica del Estado. Los conceptos y elementos que hemos revisado nos permiten ya observar su morfología y con ella la forma como esa institucionalidad pasa al derecho como aparato y dispositivo.

Siete puntos nos permiten hacer el análisis que queremos efectuar:

En primer lugar en el Estado hay no solo agrupamiento y orden de elementos, sino esencialmente organización y propósito. Es decir, hablamos de un conjunto de “relaciones que determinan, en el espacio en que están definidas, la dinámica de interacciones y transformaciones de los componentes y, con ello, los estados posibles del sistema”<sup>394</sup> que se orientan a un fin, que determina y orienta su estructura y sus funciones, de manera que nada en ello es azaroso. Puede tener una cierta deriva no planificada completamente, como de hecho ocurrió en los inicios del Estado moderno, en que ni su esquema ni las ideas de la clase que lo originó ni los objetivos precisos de sus intereses estaban completamente delineados, pero que sin embargo constituían un plan de acción con el objetivo expreso de satisfacer sus fines. La organización del Estado no es casual ni es reactiva sino que es esencialmente positiva, afirmativa del ejercicio del poder del grupo hegemónico en su uso, que en sus proposiciones como en los silencios de lo que no expresa tiende a sus fines. Y esos fines si bien están imbricados inseparablemente de la forma no se encuentran en la disposición de los elementos sino en las decisiones que acerca

---

<sup>393</sup> Sennet, Richard. *El declive del hombre público*. Edición 62 s.a. Barcelona. 2002. Página 163.

<sup>394</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2008. Página 134.

del fin que se busca para cierto Estado en concreto se pretenden. Así, incluso en tiempos de neoliberalismo global en que parece que el Estado tiende a desaparecer, en verdad se trata de una función afirmativamente cada vez más reflexiva, que propicia el juego permanente de la economía y su decisión maximizadora de plus valor presente y futuro por sobre la burocracia decisoria del derecho.

Dado lo anterior, y considerando que en sus objetivos, naturaleza, forma y disposición se le señala como una Corporación, el Estado es -antes que todo- el funcionamiento y los objetivos que se propone desarrollar; de manera que el Estado, a pesar de su carácter de institución no es algo abstracto ni solo jurídicamente normativo, sino que el Estado es esencialmente algo práctico, organizado para y de determinada forma que le permita ejercer su poder y dominación. Por esa razón el poder del Estado solo se entiende existente en la medida que se aplica. Pero eso no debe confundirse con prescindencia de accionar o ausencia producida de desinterés, ya que esa es también una forma práctica de producir un resultado que su organización y su fin busca. La notoria falta de regulación del Estado neoliberal del siglo veintiuno y su no presencia en áreas de preeminencia social es una forma de ejercicio que se orienta prácticamente a un resultado de promover, facilitar y maximizar el juego del capital nacional y global y sus instituciones, aparatos y dispositivos y que es en verdad una forma mucho más compleja y articulada del papel de guardián del laissez faire que en su momento de propuesta institucional consolidada el Estado liberal se asignó.

En segundo lugar, el Estado es esencialmente organización y práctica del poder, que se reserva en su discurso de legitimidad el carácter de total y permanente. Esto quiere decir no tanto el que esté permanentemente actuando, obrando, ejerciendo e involucrándose en todas las esferas de lo vivo, sino precisamente su potencia, es decir, que puede llegar a entrometerse en todo, a hacerse presente, a actuar en cada espacio de la sociedad viva, directa o indirectamente. Esta posibilidad de presencia es la que se manifiesta en el derecho en la amenaza constante de la coerción: no ya el uso de la fuerza sino la posibilidad de ejecución perpetua y totalizante. Si esto fue siempre así durante el periodo liberal del Estado, el Estado neoliberal lo representa aún más, no solo porque si es necesario vuelve a regular o a ocuparse de aquellas funciones que abandonó, sino

sobre todo porque la creación de una inmensa red de para estado, que ocupa desde organizaciones pseudo sociales a ONG, desde organizaciones sindicales o corporativas afines a paramilitares, demuestran que sus posibilidades de actuación se establecen en el centro de la legalidad pero se desenvuelven en sus intersticios, silencios o lugares no regulados. Pero actualmente el Estado lo hace de un modo doblemente ingerente y disolvente; ya sea recurriendo directamente a la excepción y discontinuando cada vez más los momentos decisorios de la comunidad, ya sea aplastándolos o banalizándolos, como sucede con las elecciones.

Tercero. Ese estado de organización del poder permanente constituye la característica más clara del Estado, de su ejercicio y su finalidad de dominación que se despliega sobre sus elementos, pero en específico sobre las personas y su territorio. Lo disponible, administrable y transferible es el territorio, lo que se debe administrar y orientar es su población. Las materias primas, los commodities<sup>395</sup>, las vías de comunicación y la nuda vida se disponen a la producción de un cierto orden y sus plusvalías.

Cuando el Estado moderno determinaba sus fronteras y movilizaba todo su poder simbólico y militar para afirmar su soberanía territorial aún ese ejercicio que en si mismo era un acto de poder total expresaba no solo una obsesión política de constitución, sino que toda la lógica de su ejercicio soberano de excluir hacia fuera y someter hacia adentro. “La lógica del poder y la lógica del control se basaban en la estricta división del adentro y del afuera y en una vigilante defensa del límite entre ambos”<sup>396</sup> como expresión de la noción antropológica de la centralidad humana sobre la naturaleza y su técnica como movimiento de conocimiento y uso; pero más que eso, estricta funcionalidad de lo vivo a la producción, donde todo debe orientarse al fin económico de la producción social, de manera que al organizar y administrar, con ese gobierno además de dirigir produciendo un espacio funcional para el mercado, “se pretende adiestrar a los hombres para los objetivos de la época y para que puedan poner manos a la obra lo antes posible; están destinados a trabajar en la fábrica de las utilidades generales antes de estar maduros; y aún más,

---

<sup>395</sup> Literalmente “mercancías”.

<sup>396</sup> Bauman, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. 2006. Página 123.

con éste propósito se busca que no maduren jamás, pues esto sería un lujo que restaría una gran cantidad de fuerzas al mercado de trabajo”<sup>397</sup>. Los actos de administración y control del estado mismo, las instituciones de la sociedad civil que la legalidad permite y ampara (tanto en su acepción rousseauiana como hegeliana<sup>398</sup>), como la pedagogía oficial que desarrollan - la educación cívica - se dirigen a ese fin.

Toda poder es dominación y toda dominación es control de la apertura y cierre de los espacios ocupados y por ocupar del sistema. Si frente al absolutismo la burguesía de los inicios de la modernidad produjo la apertura de la sociedad civil constituyendo sus instrumentos legales y contractuales, en la época global se reordenaron nuevamente los espacios para que sin la mediación de esa sociedad civil el mercado y sus instituciones puedan ocupar los espacios que la desregulación va liberando.

En cuarto lugar, el Estado es un punto de condensación y saturación de lo político, es sobre esa organización nueva que se construye, en tanto que por un lado su objetivo es el control de un vasto conjunto de elementos, espacios, fronteras y poblaciones; y por otro las experiencias políticas de las cuales se origina es a la vez una dispersión de señoríos en pugna con una administración central capaz de agrupar en momentos de crisis, se desarrolló con un notorio carácter centralizador y jerárquico, en que el punto de emanación y dimanación del poder jurídico que lo organizaba requería un eje en torno al cual hacer confluir lo soberano como el espacio de condensación máximo de lo político en el Estado. Es por ello que al organizarse como Estados, los núcleos políticos que lo instituyen se organizan desde fines del siglo XVIII para “realizar ese acto de suprema trascendencia que implicó darse una constitución”<sup>399</sup>, que lo organiza centralmente como república, que lo establece como centro de legitimidad del derecho que lo articula y lo estatuye en

---

<sup>397</sup> Nietzsche, Friedrich. *Segunda consideración intempestiva*. Libros del Zorzal. Buenos Aires. 2006. Página 98.

<sup>398</sup> Vale la pena recordar que Rousseau se refería a ella como sociedad civilizada, mientras que Hegel la señalaba como el espacio de deberes y obligaciones de los individuos que el Estado debía proteger. En ambos lo civil era un proyecto parte del espacio público tutelado por el Estado.

<sup>399</sup> Bielsa, Rafael. Graña, Eduardo. *Justicia y Estado. A propósito del consejo de la magistratura*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. Página 34.

tanto autoridad. Se trata de una organización articulante y centralizada en que el control es dominación y su ejercicio autoridad, esto es, “dicho muy simplemente, la capacidad de dar nacimiento a acciones de otro, obteniendo su consentimiento, expreso o tácito”<sup>400</sup>. De allí que la organización piramidal que más tarde Kelsen señalará como cumbre de la objetividad jurídica no es sino un resultado esperable de ciencia, técnica y dominio soberano.

No importa la forma de distribución de la administración, si es república o monarquía constitucional, si es Estado unitario, federación o confederación, es finalmente la capacidad central de mandar y controlar la extensión espacial de que se dispone la que determina el opuesto entre la organización viva del estado frente a la vida organizable de las comunidades. Por ello es que el Estado señala como primordial definición y característica de sí mismo el monopolio legítimo del uso de la fuerza a pesar que su posibilidad de excepcionarse hace innecesaria esa declaración. Quien controla y centraliza la fuerza puede desplegarla coordinada y sistemáticamente por todos sus puntos. En la época global sigue siendo así, tanto por el símbolo de concentración de decisión militar que para el imperio del capital significa el Pentágono, como por el esfuerzo de institucionalidad central de decisiones que la Comunidad Económica Europea ha organizado en lo económico y político, y los afanes de legitimarse mediante una forma jurídica que pretende representarse como Constitución, cuando es en verdad un acto de cierre de ciclo que transforma desde lo formal esa Comunidad en una Unión de Estados.

El carácter de núcleo, de burocracia organizada y de aparato de poder del Estado no se oponen a la idea foucaltiana de dispositivos que atraviesan todo el constructo social, al contrario, lo refuerzan y permiten que ocurra y adquiera una especial característica propia de la modernidad. A pesar de la disminución del espacio estatal de regulación en la época global, sigue habiendo un criterio de núcleos de centro y expiaciones periféricas de lo administrable que determina sus características. El carácter reflexivo de los ordenamientos, de articulación sistémica de las operaciones y de red de los funcionamientos, de multivectorialidad transversal y multidimensional del poder no ha logrado aún excluir la persistencia de núcleos de

---

<sup>400</sup> Bielsa, Rafael. Graña, Eduardo. Op. cit. Página 47.

condensación política de las decisiones indispensables del régimen y modo de producción social capitalista.

Quinto, y por obvio que parezca, esa organización consciente, práctica, permanente y centralizante que configura el Estado es esencialmente un gobierno, o si se prefiere un acto de gobierno, potencialmente permanente, continuo y perpetuo. A partir de una mezcla de fuerza y legitimación formal, la capacidad de mando se operacionaliza constantemente en el acto de gobernar, en el ejercicio administrativo, ejecutivo y legislativo de gobernar hacia su fin de dominación y de controlar aquello que pueda disolver ese ejercicio. Cuando Maquiavelo señalaba que “Los cimientos principales de todos los estados, ya sean estos nuevos, viejos o mixtos, son las buenas leyes y los buenos ejércitos, puesto que no pueden haber buenas leyes donde no hay buenos ejércitos”<sup>401</sup>, agregando que “hay dos formas de combatir: una es con las leyes y otra es con la fuerza”<sup>402</sup> apuntaba precisamente a hacer del acto de gobierno del Estado el punto central de su ejercicio de apropiación material y simbólica de su soberanía: contener, disuadir y combatir todo acto contrario a su gobierno y dominio mediante una administración de los dispositivos con que cuenta y produce a partir de una guerra encubierta que encierra la legitimidad formal y la amenaza, el convencimiento y el miedo. Su referencia a que la guerra, en tanto en cuanto “es el único arte que compete a quien gobierna”<sup>403</sup>, implica precisamente un despliegue de tácticas y estrategias permanentes de disposición sobre su espacio soberano.

Un Estado que no gobierna es simplemente una negación de sí mismo, o un dispositivo administrativo de quien efectivamente en su lugar lo hace. Sabemos que es más fácil legitimar una democracia que una dictadura, por ello hay que atender a la permanencia del estado y al constante llamado a él que en ésta época global hacen los neoliberales para esconder en un ente que a su vez construyen e intentan despojar de su mando, el artefacto de legitimación del dominio económico sobre territorio y población. Por ello es que la forma de la modernidad, el dispositivo

---

<sup>401</sup> Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 2006. Página 95.

<sup>402</sup> Maquiavelo, Nicolás. Op. cit. Página 133.

<sup>403</sup> Maquiavelo, Nicolás. Op. cit. Página 113.



jurídico, sigue siendo un campo de disputa de increíble actualidad a pesar de la oleada desreguladora. Se necesita mediación entre gobierno y pueblo para evitar toda posibilidad de conjunción en una soberanía comunitaria no capitalista. Pero esto no es nuevo, ya señalaba Nietzsche que la separación entre gobierno y pueblo “es un resto del sentimiento político transmitido por herencia, que, en la mayoría de los Estados, corresponde aún exactamente a la constitución histórica de las relaciones de poder”<sup>404</sup>.

La preocupación de los últimos años por la gobernabilidad<sup>405</sup> es la inclusión de una técnica cada vez más depurada de ejercicio administrativo que de alguna manera completa ese espacio de gobierno de dos cabezas que ya Maquiavelo encomendaba a las dos formas de gobierno<sup>406</sup>. El gobierno no se ejecuta tanto para el pueblo como para el Estado y su mantención, su ejercicio de subsistencia misma que en definitiva lo convierte en un guardián de sí mismo más allá de toda forma democrática. Eso es lo que hace decir a Hardt y Negri que “Hay unanimidad en este punto entre los grandes agentes y teóricos de la política del siglo XX, de las derechas o de las izquierdas: Max Weber y Vladimir Lenin utilizan palabras casi idénticas cuando dicen que, en relación con el uso de la fuerza, el Estado siempre es una dictadura”<sup>407</sup>. Gobernar es siempre finalidad, organización y permanente reiteración del acto de gobierno, hacia el exterior – pueblo y otros Estados – como hacia sí mismo afirmándose y reconstituyéndose cada vez.

En sexto lugar, y esto es clave para nuestro análisis de comprender, el Estado moderno es sobre todo su forma y como su modo de organización, es decir, el derecho que emana de él y su técnica, que lo legitima e ilegaliza a toda otra

---

<sup>404</sup> Nietzsche, Friedrich. *Humano demasiado humano*. Editorial EDAF S.A. Madrid. 2006. Página 252.

<sup>405</sup> José Eduardo Faría la describe como un concepto originado en las reflexiones de Samuel Huntington que se caracteriza por ser condiciones “dadas por el equilibrio entre las reivindicaciones y demandas dirigidas al gobierno y su capacidad para procesarlas y atenderlas”. Faría, José Eduardo. *El Derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Página 101.

<sup>406</sup> Aunque en verdad se trata de una triple formulación del gobierno, como apunta Louis Althusser (*Maquiavelo y nosotros*. AKAL. Madrid. 2004. Página 122.) cuando recuerda que Maquiavelo incorpora al gobierno de las leyes y los ejércitos las artimañas, solo que las sitúa en un plano ético/moral más bajo que las otras dos formas.

<sup>407</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio*. DeBolsillo. Barcelona. 2005. Página 48.

regulación normativa no autorizada. Su legitimidad es legalidad positiva, su despliegue los momentos que se da libertad en la posesión, la persona y el contrato en su voluntad y su identidad la obligatoriedad de la ley que se opone al delito de atentado contra la propiedad<sup>408</sup>. Solo el Estado puede ser el mediador entre el individuo y su regularidad y el conflicto que puede disolver esa regularidad que vuelta regulación garantiza su identidad propietaria y por lo tanto su libertad. En ese sentido es que “El problema de lo jurídico es el de garantizar la permanencia de la doble vida del individuo (como hombre privado y como ciudadano publico) y de la doble articulación de las relaciones sociales (esfera de la igualdad y legitimación política del Estado)”.<sup>409</sup>

En el Estado centralizado y gobernante, su forma es la forma jurídica que para corresponderle exactamente es derecho formal y monista: Constitución y ley, dominación legal y Estado de Derecho. Es la forma que corresponded al Estado Nacional Soberano.

Parece entonces plenamente ajustado lo que al respecto señala Antonio Carlos Wolkmer cuando describe el papel del derecho en la constitución de la modernidad estatal que buscará analizar para descubrir las posibilidades de una racionalidad jurídica distinta, en una cita que transcribimos in extenso por su claridad respecto a lo jurídico y al Estado:

*“el Derecho de la sociedad moderna, realizando su adecuación al tipo de sociedad emergente (sociedad burguesa), con el modo de producción material (economía capitalista), con la hegemonía ideológica (liberal-individualista) y con la forma de organización institucional del poder (Estado Soberano) que pasa a ser configurada como dominación racional-legal (burocracia). Se constata, de ésta manera, en un primer momento, como esas diferentes estructuras se compatibilizan en la constitución de un paradigma jurídico marcado por los principios del monismo (univocidad), de la estatalidad, de la racionalidad formal y de la seguridad jurídica”<sup>410</sup>.*

---

<sup>408</sup> Hegel, G.W. Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 121.

<sup>409</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 61.

<sup>410</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD Ltda. Sevilla. 2005. Página 40.

Séptimo. La morfología del Estado es su definición (lo enunciado), su estructuración (lo articulado), su conceptualización (lo racionalizado) y su objetivo (lo constituido). El estado moderno es lo que él mismo se ha producido para impulsar el modo de producción social histórico que alberga y propende. El Estado en tanto fenómeno político histórico, es al fin y al cabo su propia dinámica, su ontología y su axiología.

Todos los elementos del Estado, materiales y orgánicos, sus fines y funciones, se asocian, superponen y reconfiguran permanentemente en orden a producirse y reproducirse con el objetivo de control de su soberanía. Es en sí y para sí la metáfora del príncipe nuevo que Althusser<sup>411</sup> señala para la práctica política a partir de Maquiavelo, la constitución permanente de un proyecto que se recrea minuto a minuto en el uso del aparato de la fuerza, el del consentimiento y el político-jurídico. El Estado es en su movimiento la aplicación de la fuerza, el consentimiento y la burocracia expresados en el ejército, la ideología hegemónica y las leyes. Se trata de un ejercicio práctico potencialmente continuo derivado de su fuerza, “fuerza que brota de la sociedad, pero que se sitúa por encima de ella y que se divorcia cada vez más de ella”<sup>412</sup>, destinada no a la integración sino a la dominación. En éste punto resultan siempre coincidentes de Maquiavelo a Hobbes, de Weber a Lenin.

Sin embargo esa apariencia de producción y reproducción no es una autopoiesis sistémicamente neutra sino un acto intencionado, primero de constitución, luego de consolidación y finalmente de reproducción y adaptación constante impulsado por la clase burguesa que, mayoritariamente productiva en un principio ha evolucionado a las formas financieras globales. En ese sentido las expresiones de Marx, Engels y Lenin en sentido que el Estado es un órgano de represión de clase adquieren a la luz de la historia un carácter no ya ideológico sino profundamente histórico, corroborado, como pudimos apreciarlo citando a los pensadores originales no marxistas del Estado, solo que en la etapa capitalista,

---

<sup>411</sup> Al respecto puede verse Althusser, Louis. *Maquiavelo y nosotros*. Akal. Madrid. 2004. Especialmente su capítulo V acerca de la práctica política del Príncipe nuevo.

<sup>412</sup> Lenin, Vladimir Ilich. *El Estado y la Revolución*. <http://espartaco.cbj.net> 26 Agosto 2008. Documento PDF. Página 5.

dado que el Estado surge y se desarrolla imbricado al desarrollo del capitalismo, esa pugna de clases que al principio incluía a la burguesía contra la nobleza y en la época de la Revolución Francesa abarcaba a los llamados “Tres Estados”, ha sido la época de la dominación del proletariado por la burguesía. Por eso lo ideológico del marxismo no fue el aseverar como lo hizo Lenin que “bajo el capitalismo, tenemos un Estado en el sentido estricto de la palabra, una máquina especial para la represión de una clase por otra, y además, de la mayoría por la minoría”<sup>413</sup>, sino en pretender politizar esa política de dominación en beneficio de otra clase social distinta, el proletariado.

Conviene recordarlo una vez más. El Estado moderno es Estado Nación y las naciones son un proceso no solo cultural como se pretende, sino esencialmente un proyecto político económico al servicio del modo de producción de la época; un proyecto que responde “a la exigencia de la creación de áreas materiales y, por lo tanto, sociales de mercados donde la actividad industrial y comercial de la burguesía naciente encuentre un lugar en el que realizarse y desarrollarse, dentro de un proceso de reproducción ampliada”<sup>414</sup>. Esto es lo que lleva a Lenin a escribir algo que continúa siendo en esencia vigente: “Las formas de los Estados burgueses son extraordinariamente diversas, pero su esencia es la misma: todos esos Estados son, bajo una forma o bajo otra, pero, en último resultado, necesariamente, una dictadura de la burguesía”<sup>415</sup>, en tanto que sus elementos se dirigen a la reproducción no solo de su modo de producción y de su cultura sino también de su aparato, el Estado. Lo importante no es ya entonces lo que los diferencia, sino lo que tienen de común. De ahí que en la ya clásica distinción de evolución histórica del Estado que distingue entre Estado, estado de Derecho y Estado social de derecho lo que cambia no es su objetivo final sino más bien la forma de su mediación y de adecuación de la dominación a los grados de consenso y hegemonía que se requieren para hacer menos costosos los mecanismos y dispositivos de acción del Estado aparato.

---

<sup>413</sup> Lenin, Vladimir Ilich. Op. cit. Página 55.

<sup>414</sup> Althusser, Louis. *Maquiavelo y nosotros*. Akal. Madrid. 2004. Página 50.

<sup>415</sup> Lenin, Vladimir Ilich. *El Estado y la Revolución*. <http://espartaco.cbj.net> 26 Agosto 2008. Documento PDF. Página 21.

Si como señala Elías Díaz el Estado de Derecho se distingue del Estado absolutista en que se trata de un “sistema específico de legalidad, de los criterios de legitimidad y justicia que es necesario siempre fortalecer como un funcionamiento capaz de generar una creciente legitimación, es decir aceptación, adhesión y cumplimiento de suficiente proporción”<sup>416</sup>, es posible apreciar con claridad que no nunca hemos abandonado la triple conceptualización de dispositivos señalados por Maquiavelo de fuerza, consenso y juridicidad, solo adaptado la forma de ese ejercicio a una economía del consenso en ahorro de los otros mecanismos de mayor desgaste y costo como la guerra interna entre facciones, trasladada hacia el exterior de las fronteras en defensa o conquista de material explotable, estableciendo una cierta forma difusa de pacificación nacional bajo el monopolio de la fuerza; para lo cual el aparato legal interviene precisamente por la vía de someter el Estado al Derecho como un poderoso proceso de adecuación de costos hacia la institucionalidad y cargo de ellos a las comunidades sobre las que domina. El dominio no desaparece, la esencia y función primordial del estado no desaparece, se transforma y adecua. Lo que ha cambiado es la finalidad de su legalidad, no ya para imponer brutalmente sino para representar lo que la fuerza no puede, es decir una amenaza de quiebre de la tregua que la soberanía político-racional que se ejerce en el Estado imprime a sus elementos.

El paso del Estado absoluto al Estado liberal limitado en su fuerza y de éste a un Estado Social de Derecho<sup>417</sup> implica una adaptación de legitimidad no un cambio de finalidad y función. Se pretendió, agregando una cierta dosis de cuidado por los equilibrios sociales, olvidar que “Desde el punto de vista político el Estado y la organización de la sociedad no son dos cosas distintas. El Estado es la organización de la sociedad”<sup>418</sup>, de manera que si la sociedad moderna ha sido básicamente una sociedad de mercado propiciada, construida y defendida por la burguesía, le remodelación del Estado de derecho y del llamado Estado social, no ha hecho

---

<sup>416</sup> Díaz, Elías. *Juristas, sociólogos y filósofos en la construcción del Estado de Derecho*, en El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología Jurídica en España. Oñati Proceedings. Oñati. 1995. Página 227.

<sup>417</sup> Que es definido en virtud de su acción como aquel que “interviene en la economía, contribuyendo a regular el volumen de inversiones a través de políticas que exigen aumento del gasto público e ingresos fiscales para general empleo, consumo, ahorro y, otra vez, inversión”. Ver: Díaz Elías. Obra citada. Página 242.

<sup>418</sup> Marx, Karl. *Antología*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Página 91.

desaparecer la dominación y exclusión que el poder de la alianza entre Estado y Mercado ocasiona la subordinación de la comunidad, solo se han reordenado sus tiempos, procesos y grados de mediación.

A pesar de los severos recortes a la burocracia y capacidad de influencia del Estado por parte del modelo de economía global neoliberal, que ha venido a declarar la quiebra de ese Estado Social de Derecho, su importancia – del Estado como aparato- no ha disminuido en absoluto, solo se han reordenado sus equilibrios y dispositivos a usar. El desplazamiento del espacio geopolítico y económico central desde el territorio hacia la transnacionalización no ha terminado con el Estado, sino que “el estado/nación continúa constituyendo el cuerpo central de legitimación normativa y es también el cuerpo más importante al cual dirigen las demandas de la población”<sup>419</sup> que siguen depositando en él la esperanza de un consenso de prometido bienestar.

El cambio de forma no solo organizativo administrativo (unitario, federal o asociativo) sino de función y sentido ha mantenido las dos cuestiones centrales del estado Moderno en su lugar: la dominación de un grupo económico-político sobre la población y dos, la alianza entre ese grupo con el Estado (Mercado y Estado) contra la Comunidad en términos de Boaventura de Souza Santos. El Estado desde lo legislativo ha continuado su forma de actuar manteniendo la forma de producción de su legitimidad mediante su legislación, “Pero ha pasado a hacerlo, y esto es lo novedoso, disminuyendo su poder de intervención y, muchas veces, siendo constreñido a compartir la titularidad de su iniciativa legislativa con diferentes fuerzas que trascienden a nivel nacional”<sup>420</sup>. Ha cambiado el centro de generación de las decisiones pero no el lugar de su aplicación, las poblaciones siguen teniendo que lidiar con las fronteras, a pesar de las uniones trans-aduaneras. La transacción económica implica trasladar los commodities y fijar las poblaciones.

La utopía jurídica de ingeniería social a través del derecho sigue siendo parte del proyecto de dominación, ha cambiado sus formas, tiempos y dimensiones.

---

<sup>419</sup> Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2001. Página 23.

<sup>420</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 120.

Derecho y Estado continúan siendo, en tanto legitimación y producción de consenso, pilares indisolubles e indisolubles, toda vez que a pesar del cambio de velocidades temporales y la extensión de la acción de dominación, lo local no ha desaparecido, y “las formas de derecho funcionan casi siempre dentro de los límites de las instituciones centrales de un determinado espacio estructural”<sup>421</sup>. **El paso desde el Estado Nación al *Estado Nacional en contexto global* no es un cambio de fin sino de campos de lo jurídico que traspasa las fronteras de las naciones para ubicarse en ejes transversales que las atraviesan de lo global a lo local pasando por una nueva forma permeable de mediación estatal.** El Derecho Internacional Privado y los derechos comerciales han pasado a ser los nuevos mecanismos de facilitación de la dominación interna y el control de las poblaciones.

Conviene recordarlo también una vez más, de manera de fijar también de forma precisa el lugar y posibilidades de un derecho estatal centralizado y monista: el Estado Nacional que hemos conocido se organiza y cumple su función en la medida en que mantiene y favorece esa alianza con el mercado, subordinando a los grupos que no controlan el intercambio. Para ello no duda en actuar incluso directamente contra la población en función del discurso del orden, que es en verdad orden económico contractualista de mercado. En ese juego “la función política del Estado consiste en dispersar las contradicciones sociales y las luchas que ellas suscitan de manera que se puedan mantener en niveles tensionales funcionalmente compatibles con los límites estructurales impuestos por el proceso de acumulación y por las relaciones sociales de producción en el que tiene lugar”<sup>422</sup>, no para resolver esas contradicciones sino para mantenerlas y adecuarlas a límites que no afecten el proceso de acumulación que se impone hegemoníicamente sobre las economías no capitalistas subordinadas.

---

<sup>421</sup> De Souza Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 332.

<sup>422</sup> De Souza Santos, Boaventura. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. ILSA. Bogotá. 1991. Página 125.

Eso torna no solo ilusorio sino incluso manipulador el discurso liberal en cuanto a que el Estado, actuando en subsidio de la ausencia de la economía privada en aquellas áreas relacionadas con las necesidades sociales, puede resolver los conflictos sociales y beneficiar a las mayorías sin afectar el modo de producción y su forma de acumulación. Y vuelve altamente ingenuo y carente de profundidad reflexiva el itinerario socialdemócrata (social liberal a ésta altura del siglo XXI) en cuanto a que es posible sin atacar y afectar la función de dominación y mediadora del Estado corregir el modelo. Sin una acción fuerte no solo desde arriba sino ocupando la multivectorialidad del poder político sobre la relación Estado- Mercado – Comunidad no será posible re-significar y reasignar funciones al estado en beneficio de las necesidades sociales; más aun cuando es posible apreciar como por ejercicio directo de soberanía estatal en beneficio de la alianza hegemónica se ha vuelto un verdadera para-Estado, más difuso en sus condensaciones ejecutivas pero igualmente fuerte en su aspecto de dominador. Como lo señalaba Boaventura en los inicios de la década de los 90 del siglo pasado “Es posible observar que hoy el Estado se está extendiendo más allá de sus aparatos formales y que si este proceso continua, el Estado puede, inclusive, volverse más informal y menos organizado. Estado y no Estado se asemejarán cada vez más”<sup>423</sup>. Tornar al Estado en una función de integración social requiere también otros esfuerzos y miradas diferentes a los que hasta ahora fueron desplegados en el campo político de lo real, tanto en el socialismo como en el capitalismo real del siglo XX.

La satisfacción de las necesidades sociales de las amplias capas de población que habían apostado a la promesa moderna gestionada por el estado requiere una revisión. “Entre el Estado y el mercado debe ser reinventado un nuevo dominio social”<sup>424</sup> que implique ahora no ya la concentración de la propiedad sino su solidaridad. Se hace cada vez más revisar el derecho, sus fines, funciones y fuentes para re hacer esa discusión y sus aplicaciones, que requiere enfrentar la morfología estatal desde dentro y desde fuera, no ya como institucionalidad, aparato o dispositivo, sino como campo y superficie de lucha y de devenir.

---

<sup>423</sup> De Souza Santos, Boaventura. Op. cit. Página 141.

<sup>424</sup> De Souza Santos, Boaventura. *La Globalización del Derecho*. ILSA. Bogotá. 1998. Página 237.



Decía Bakunin que “Toda teoría consecuente y sincera del Estado está esencialmente basada en el principio de autoridad, es decir, en la idea eminentemente teológica, metafísica y política de que las masas, siempre incapaces de gobernarse deben sufrir en todos los tiempos el yugo bienhechor de una sabiduría y de una justicia que de una u otra manera les será impuesto desde las alturas”<sup>425</sup>, y sabemos a partir de ese acuerdo que va de Weber a Bakunin, pasando por Lenin y Bismarck, que el gobierno del Estado podrá traer parcelas de libertad y de bienestar pero que, como lo conocemos, esencialmente sigue siendo dominación, capaz y dispuesto a utilizar siempre, a la corta o a la larga, los dispositivos y los aparatos de que dispone esa estructura e institución para volver a tensar la sociedad hacia la centralización de los fines definidos para ella por el modo de producción que se sostiene. Tener presente esto es de suma importancia para discutir acerca de los fines, funciones y fuentes, así como de las fronteras y localización de las soberanías y de las decisiones.

## **El derecho.**

De dicho tipo de Estado no podía nacer otro derecho sino aquel que le era funcional: un derecho monista, centralizado, jerárquico, formal, patrimonialista y fundado en y para el orden y el control de la sociedad.

El Estado se reservó para sí el ejercicio de la soberanía hasta el punto de la excepción misma de la legalidad como el uso legítimo de la fuerza, de modo que entre esos dos extremos, del bando y la fuerza, que buscaban concretar la soberanía sobre el territorio y a población, resultaba de toda lógica que el Estado se reservase a su vez el monopolio de lo jurídico, reduciéndolo a monopolio legal. “En la tradición de la teoría política parece haber unanimidad en un principio básico: solo uno puede gobernar, sea ese uno el monarca, el Estado, el pueblo o el partido”<sup>426</sup>,

---

<sup>425</sup> Bakunin, Mijaíl. *La libertad. Obras escogidas*. AGEBE. Buenos Aires. 2005. Página 30.

<sup>426</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio*. DeBolsillo. Barcelona. 2005. Página 374.

de manera que esa reserva del gobierno trae como consecuencia que si el instrumento de gobierno es la ley, esta solo puede emanar de quien detenta en forma exclusiva el poder político, ilegalizando todo otro poder que se le oponga. Cuando en el siglo XIX Jhering sustentaba que lo que caracterizaba al derecho como normas imperativas era su coacción garantizada por la fuerza organizada y legítima del Estado, “Siendo el Estado el soberano detentador de esa coacción, se transforma en la única fuente del Derecho”<sup>427</sup>, lo que tiene sus raíces en el pensamiento de Bodino, Hobbes y Maquiavelo de los inicios de la modernidad y se eleva a científico con el positivismo jurídico. Como lo indica Wolkmer: “La propuesta científica de Kelsen descarta el dualismo Estado-Derecho, fundiéndolos, de tal modo que el Derecho es el Estado, y el Estado es el Derecho Positivo”<sup>428</sup>.

Para realizar ese orden soberano identificado con la producción de derecho coactivo y sustentado en la reserva de fuerza legítima, para dirigirlo a su objetivo estratégico del control de los recursos vivos y geográficos, para ordenar la constitución de los ejércitos y difundir los principios de soberanía y propiedad dentro de las fronteras, el estado necesitó dotarse a sí mismo de un poder central que permitiese organizar las redes en base a ese centro rector. El poder feudal consistía precisamente en una descentralización y localización de dominaciones no ordenadas, que necesariamente debían superarse para posibilitar intercambios regulados. Si como señala Milton Santos el espacio puede ser definido “como un conjunto indisoluble de sistemas de objetos y sistemas de acciones”<sup>429</sup>, la forma moderna elegida de coordinación de la influencia y gobierno sobre estos sistemas fue la centralización del poder. De hecho toda una larga disputa entre centralismo y federalismos, que atraviesa tanto al liberalismo como al marxismo y anarquismo, dice relación con los límites de extensión de esta tendencia. A un solo derecho con un solo productor se requiere un solo decididor de origen y fin que cierre dicho círculo de gobernabilidad.

---

<sup>427</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD Ltda. Sevilla. 2005. Página 63.

<sup>428</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 65.

<sup>429</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Pagina 18.

Ese Estado centralizado y monista no podía sino producir un derecho jerárquico, tanto en cuanto a su forma de estructuración como a su tendencia a ordenar en un arriba y abajo las decisiones y a los distintos actores y sujetos. En ese proceso histórico que describimos, “en los albores del Estado moderno el derecho es reducido a la ley impuesta por el soberano, siendo superior a todas las demás fuentes de normatividad”<sup>430</sup>. Como hemos sostenido, la lucha por el estado y por el dominio que es capaz de tender sobre las diversas fracciones y agrupaciones que lo integran es una complicada red de ejercicios de gobierno y de sumisión. Como señala Deleuze “las fuerzas que entran en relación no poseen una cantidad, sin que al mismo tiempo cada una deje de tener la calidad que le corresponde a su diferencia de cantidad como tal. Se llamará *jerarquía* a esta diferencia de las fuerzas calificadas”<sup>431</sup> que requieren una producción de sentido para que unas dominen sobre otras. Se trata en lo político de un juego complejo de fuerzas en oposición y desarrollo permanentes, activas y reactivas, que requerían de una técnica precisa de control, cualitativa y cuantitativa a la vez.

En la época moderna solo el Derecho podía cumplir ese papel de mediar ese choque de reacciones bajo la apariencia de una formulación racional que se presentase como una alternativa a la fuerza subyacente, y que contuviese en esa racionalidad un poder argumentativo tal que no solo impusiese ese orden jerárquico, sino que además lo dotara de legitimidad y convicción en la subordinación y acuerdo con él. Vuelven a presentarse los aparatos de ley, ardid y fuerza que enunciaba Maquiavelo, ahora formalizados y normalizados en el Derecho.

Ese Derecho racional iba a convertirse en la forma del Estado, ya por que le iba a proporcionar una caracterización de sí mismo como por cuanto le daba sustento al pensamiento formal que permitía un razonamiento centralista, exclusivo y jerárquico para las resoluciones de los conflictos. El poder del estado requería constituirse en certeza y verdad, lo que obligaba a polarizar los proyectos comprensivos del orden, constituyendo todo razonamiento formal en un debate de antinomias. Hegel en su

---

<sup>430</sup> Faria, José Eduardo. *El Derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Página 20.

<sup>431</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la Filosofía*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 61.

Filosofía del Derecho argumentaba que “como toda antinomia tiene su origen en el pensamiento formal, que afirma y mantiene separados los dos momentos de una idea, cada uno por sí, con lo cual no son adecuados a ella y carecen de verdad”<sup>432</sup>, lo que se traduce para el Derecho en un procedimiento de escisión de verdades, reales y formales, y de resolución excluyendo una en beneficio de la otra, transformando toda contradicción en una elección de verdades lógicas abstractas y no de intereses y necesidades concretas en juego. El derecho se vuelve así formalista en un doble aspecto: uno conceptual en tanto que lo que se señala por el poder estatal de definir e imponer realidades es lo verdadero, y por otro en una reducción de la realidad a una elección de adecuaciones conceptualizadas y procedimentalizadas: desde el punto de vista de cómo se establecen y defienden los derechos de las personas, se considera que todas son formalmente iguales, que no existen diferencias entre ellas; se opera con la lógica del contrato: dos partes iguales negocian y acuerdan, sin tomar en cuenta que en la realidad una de ellas pueda ser más débil que la otra. Desde el punto de vista de la tramitación ante tribunales es también formalista, ya que estos actúan estrictamente apegados a los procedimientos que la ley les establece, teniendo incluso más importancia que los derechos que se supone deben proteger.

En el contexto histórico de surgimiento del estado moderno, en que su proyecto político era coincidente con el capitalismo como proyecto económico, resultaba lógico que su principal valor teórico, social y económico adquiriese centralidad. En una economía de intercambio mercantil, la propiedad se vuelve una afirmación constante del sistema, equivalente única y final de la libertad que debe reproducirse en su forma no sólo pública sino entre particulares. “La propiedad en la que el lado de la existencia o la exterioridad ya no es solo una cosa sino que se contiene en sí el momento de la voluntad (por lo tanto distinta) se establece por medio del contrato”<sup>433</sup> como expresión de esa relación. No solo el Estado es capitalista por nacimiento y vocación, también el derecho que éste se genera. En el Derecho moderno, la definición y la práctica de esa propiedad es la propiedad de la burguesía y su modalidad liberal, de la forma que ella la entendió, la definió y prescribió normativamente, y por lo tanto es excluyente no solo de un igual

---

<sup>432</sup> Hegel, G.W. Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 142.

<sup>433</sup> Hegel, G.W. Friedrich. Op. cit. Página 161.

contratante dispuesto a intercambiar, sino esencialmente de las mayorías no propietarias<sup>434</sup>.

El Derecho mismo se vuelve entonces patrimonialista, en el sentido que el principal derecho normativo protegido es el derecho de propiedad y las relaciones económico-jurídicas que de él derivan. Esto puede apreciarse en la protección que la Constitución y los principales cuerpos legales - Código Civil, Código Penal - dan al derecho de propiedad (nótese que se trata del derecho **de** propiedad, no de un derecho **a** la propiedad).

Si la propiedad que importa no es la nuda propiedad sino aquella de la cual puede disponerse, no la de uso sino la que produce y reproduce ganancia y aumento de riqueza, el derecho que permite esa acumulación, ayer subsidiariamente hoy global y reflexivamente, no solo el derecho sino la antropología jurídica de la modernidad es la del individuo propietario: “En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad de propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna”<sup>435</sup>, de manera que todo Estado y todo gobierno era uno de, por y para propietarios. Baste recordar al respecto que las democracias originales eran todas en mayor o menor medida censitarias.

Así, si el Derecho es la forma misma del Estado, su instrumento y su medio, su constitución y caracterización, el nexo con los sujetos que lo constituirán políticamente y a quienes se dirige la protección de su voluntad y libertad expresadas como propiedad y contrato (territorio y res, contrato social y convención contrato) no solo es un regulador del orden, es el orden mismo que debe generarse, reproducirse, mantenerse y protegerse. Como se supone que la nación y el pueblo son tributarios y aceptadores de ese orden estatal, la identificación se entiende completa y centrada a partir de afirmar siempre que el fin del Estado es el bien común, aunque su modo sea siempre de dominación jerarquizada y organizada y su

---

<sup>434</sup> Este punto era central en la discusión que Marx y Engels hacían del capitalismo: no puede existir capitalismo sin exclusión de la mayoría a la propiedad y a la riqueza. En una declaración que tiene mucho de actual escribían que “en vuestra sociedad actual, al propiedad privada está abolida para las nueve décimas partes de sus miembros; existe precisamente por que no existe para esas nueve décimas partes.” Marx, Karl. Engels, Friedrich. *El Manifiesto Comunista*. SARPE. Madrid. 1983. Página 43.

<sup>435</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 90.

ejercicio el de subordinar todo proceso social. Eso es lo que ha permitido decir a los juristas, mayoritariamente, que existe una identificación total entre Estado y Derecho, y que “el derecho y el Estado aparecen uno con relación al otro como medios necesarios, el Estado asegura el bien de la sociedad que está llamado a regir el bien de todos sus miembros, en consecuencia el bien común. Se ve el estrecho lazo que liga entre ellos, Estado y sociedad derecho y estado, bien común y derecho”<sup>436</sup>.

Analizar la forma como eso ocurre, como se configura el derecho en sí mismo, en su interior disciplinar, es una discusión que debe darse en otro momento, puede decirse interno del derecho, que requiere revisar los fines, formas, funciones y fuentes del Derecho moderno. Intentaré en el capítulo siguiente dar cuenta, al menos en parte, de ese debate.

---

<sup>436</sup> Le Fur, Louis. *El fin del derecho: bien común, justicia, seguridad*. En *Los fines del Derecho*. UNAM. México. 1967. Página 16.



## PARADIGMA JURÍDICO MODERNO, FORMA Y FONDO DE UNA ESTRATEGIA.

Le droit bourgeois est la vaseline  
Des enculeurs du peuple.<sup>437</sup>  
(Graffiti Mayo Del 68)  
You can fool some peoples sometimes,  
But you can fool all the people all the time.  
So now we see the light (what you gonna do)  
We gonna stand up for our rights.  
(Bob Marley).<sup>438</sup>

### Modernidad y liberalismo.

En el capítulo anterior describí el proceso de formación del Estado moderno enfocado en tres líneas concluyentes de trabajo: la que apuntaba al desarrollo del Estado por la clase burguesa a partir del concepto de soberanía originado en la pre modernidad; aquella que se refería al surgimiento y consolidación de la economía capitalista, que implicó establecer una serie de estructuras funcionales y un entramado jurídico que le permitiese su desarrollo, control y defensa del nuevo orden instaurado; y en tercer lugar el desarrollo de su concepto en tanto institución, aparato y dispositivo.

Pretendí demostrar que el Estado no fue solo un paso más en un desarrollo lineal de instituciones, sino un aparato surgido de la necesidad de contar con una forma de ejercicio que permitiese a la vez que dominar, legitimar y mediar los conflictos y las relaciones sociales, desarrollando en esa disposición los elementos, fines y funciones indispensables para ello.

---

<sup>437</sup> El derecho burgués es la vaselina para encular al pueblo.

<sup>438</sup> “Puedes engañar algunas veces a las personas,/Pero no puedes engañar a toda la gente todo el tiempo./ Así que ahora vemos la luz (que vas a hacer?)/Vamos a defender tus derechos!.



La formación del Estado Nación como ente jerárquico, territorializado y formalizado, implicó un juego de mediaciones entre decisión política y comunidad, que obligaba a la formulación de procedimientos, formas y definiciones establecidas con cierta permanencia. Ese proceso produjo un sistema jurídico distinto a los existentes durante el feudalismo y logró, a mediano y largo plazo, imponerse en el campo europeo y expandirse globalmente subordinando otras formas comunitarias de juridicidad. Se trataba de una estrategia de asentamiento primero y de defensa y reproducción después.

Como también se señaló, de dicho tipo de Estado no podía nacer otro derecho sino aquel que le era funcional: un derecho monista, centralizado, jerárquico, formal, patrimonialista, fundado en y para el orden y el control de la sociedad. Se estableció al respecto una nueva episteme de saber, verdad y poder que desplazando a la idea medieval del orden estableció la ratio jurídica consistente en forma, fuente, función y fines. Una ratio dentro de la episteme moderna que concuerda con las bases del paradigma moderno y que es concordante con los fundamentos de éste, su modelo de ciencia, su know how técnico, su concentración política y su expansión económica.

Más allá de la experimentación como método simplificador de la realidad, que gira en un eje distinto al de la experiencia, lo que se constituyó fue un modo de pensar que puede denominarse como del *pensamiento abstracto*, en que la forma no solo se constituye en el método procedimental de la reflexión, sino en la representación de la realidad misma, sustituyéndola en sus relaciones por sus conceptos, en su complejidad por la simplificación representativa de la causa. Esto, que pasará al derecho en tanto imputación, será la base de un sistema de pensamiento de doble conjunción: imputación de la conducta y conducta de imputación en un orden dialécticamente concebido (en el estricto sentido hegeliano). De ello que resulta útil develar ese paralelo de traducción del paradigma a la ratio jurídica dominante.

En resumen podríamos decir que el paradigma moderno de la ciencia se caracteriza por:

- Constituirse en y desde una mirada de lo abstracto, que define antes que todo los conceptos y las categorías sobre las que se sustenta y desarrolla; desde allí analiza los diversos juegos de relaciones y a la realidad, centrándose en establecer de que manera la realidad se adapta y subsume en los conceptos y no al revés.

- Coherente con lo anterior, la forma de razonamiento es formal y no material. Esto quiere decir que su racionalidad discurre buscando establecer “leyes” que expliquen la realidad y la imputen, es decir transformen esa mirada normativa en una verdad de juicio acerca de los fenómenos. Se razona y decide no en base a las variaciones y posibilidades de devenir de la realidad, a las potencialidades de mutación sino en base a la adecuación a las leyes establecidas y a las relaciones entre ellas.

- En consecuencia, la realidad material queda sometida a la verdad formal.

- Es un paradigma de la disyunción, que para ese análisis de la realidad divide las nociones sobre lo estudiado en pares binarios excluyentes, que llevan a discutirlos situándose en los polos de ellos. A saber: bueno-malo; justo-injusto; posible-imposible; legal-ilegal, etc. Así se restringe el acto de pensamiento a una elección acerca de cuál de los dos polos debe ser mirado.

- Es un paradigma de la fragmentación. Los problemas y fenómenos son individuales, las relaciones se verifican a partir de interacciones particulares y la complejidad se produce por agregación de fenómenos en co-concurrencias simples y no complejas.

- Se acompaña de una decisión valorica previa, oculta, no sujeta a discusión y predefinida como optima o buena por el que define el binomio moral. En una manera dialéctica cerrara, trata siempre de confirmar el absoluto original y excluir a su contrario que se aparta de la ley establecida en forma supuestamente *natural* o por un razonamiento que es el único acertado.

- Las acciones de análisis y decisiones razonan deben siempre entonces analizar esa polaridad y resolver ordenando todo para retornar a la posición adecuada de orden. El orden se hace primar por sobre las relaciones, la organización y su potencialidad.

- Los conocimientos sobre la realidad se dividen por tanto en conocimientos científicos validados por su abstracción, formalidad, certeza, orden y sistematicidad, que llevan a la certeza y desplazan a los conocimientos no oficiales ni formales. A estos otros se les tilda de populares, folclóricos, anecdóticos.

- La solución a los problemas se construyen entonces a partir de esos conocimientos que - por ser exactos - constituyen una técnica y no solo una práctica.

- Como existen conocimientos que si saben y otros que por defecto son inexactos, los poseedores del conocimiento técnico y científico son los que toman las decisiones desplazando a los afectados por que saben lo que a estos últimos les conviene. Los actores de las relaciones son reemplazados por los científicos y técnicos.

- Se forma así una forma de funcionamiento piramidal en que un tipo de conocimiento, de forma de razonar, de mirada sobre la realidad, de organizar y disponer del entorno y las personas, de aplicar tal o cual solución y de actores adquiere primacía e importancia sobre las demás y desplaza y subordina a las demás.

Si éstas características se trasladan al mundo del derecho podemos claramente apreciar la relación y subordinación que a ese paradigma se produce y desnudar el centro del paradigma jurídico moderno:

- El derecho es concebido como un juego de conceptos que definen la realidad y de ésta forma la construyen, estableciendo una serie de principios, disposiciones y deber ser que ordenan que y como hacer aquella.
- En el derecho esto se traduce en un mundo de relación a través de la formalidad, en que las normas, las instituciones estatales formales y las decisiones que se toman sobre la realidad imponen un deber ser a las relaciones sociales que debe ajustarse si o si a esos principios y razonamientos.
- Con esto se organiza la relación de lo normativo y lo real subordinando lo primero a lo segundo y obligando a adaptarse. Se forman así binomios de orden y exclusión entre lo legal y lo ilegal, lo permitido y lo prohibido, lo justo y lo injusto, lo escrito y contemplado y lo no escrito y ausente.
- Como se organiza esto en base a la certeza y la exclusión, las posiciones originales se presentan y practican como correctas e inamovibles, debiendo siempre respetarse lo que ya está dado, al menos que una nueva norma reordene desde arriba la realidad.
- En esa misma lógica las soluciones que se dan a los problemas siempre son excluyentes, en un doble sentido: o se ajustan a la normatividad o son excluidas por ser ilegales y con ello sancionadas y/o criminalizadas; y por otro lado adquieren una forma de solución de suma cero, es decir alguien gana y alguien pierde.
- El saber jurídico formal desplaza a todas las otras soluciones de regulación que no estén validadas por la norma.
- Los actores de los problemas son desplazados a un segundo plano por los actores jurídicamente validados: autoridades, jueces, abogados.

➤ Las cuestiones entonces se aprecian según si cumplen o no con las imputaciones normativas y se resuelven en estrategias que buscan satisfacer esas órdenes y obligar a cumplir con esa imputación y a resolverse entregando la resolución a terceros, los jueces y a sancionar o no admitir otras posiciones y alternativas.

➤ Los efectos de las resoluciones y el control de ellos tiene menos importancia que el procedimiento en que se llega a ellas, ya que se entiende que por el solo hecho de tener un proceso racionalmente construido el resultado *ad aeternum* debiera a su vez ser racional y estable, garantizado por el retorno a un orden preestablecido.

El paradigma de la modernidad -científico, jurídico o político- no puede entenderse sin esa verdadera experiencia del desapego de los fenómenos, de la minimización o sanción de las externalidades y de desdén por los efectos no previstos,

El paralelo no es en absoluto azaroso. La acción del pensamiento de la ciencia, elaborado a manera de mathesis en tanto leyes, deviene en pensamiento abstracto y en predominio de la forma como expresión de la realidad. De hecho es una verdadera profundización en la idea de formalidad, de devenir y de construcción del tiempo, el espacio y los objetos de esa realidad que el derecho pretende no representar sino regular, reducir por simplificación prescriptiva y subsumir en el orden que se genera tras el procesamiento de datos, posiciones y disposiciones en juego. Esa distorsión sobre lo real, sobre tiempo, espacio y sujetos deviene en subsunción de la materialidad a la ratio jurídica formal, que se va a expresar ya en norma, ya en contrato, ya en derecho de propiedad y en relaciones propietarias.

Así, el derecho en tanto marco conceptual de pensamiento que pretende operar sobre la realidad -prescribiéndole su propio sentido y marco espacio temporal de acuerdo a sus necesidades- fragmenta no solo la experiencia directa de la soberanía, sino además actúa sobre el tiempo, el territorio y lo que en él se encuentra, de una manera también fragmentaría, concebido como tiempo

burocrático y territorio de jurisdicción, lo que a la luz de la globalización ha devenido en ineficaz.

Para explicarlo brevemente, voy a ponerlo de la siguiente forma: **la manera en que habitualmente concebimos el tiempo no es natural**. Presos de aristotelismo, escatología y hegelianismo, nuestra mirada sobre el tiempo es lineal y progresiva, de manera que todos los sucesos los presentamos (instalación mental) de una manera evolutiva, en crecimiento, e imaginamos que los fenómenos tienen una duración que discurre en paralelo con otros fenómenos, a la manera de vehículos que avanzan por las pistas de una carretera. De similar forma, **concebimos el espacio como lugares segmentados y separados por fronteras**, físicas, políticas o geométricas, en que los objetos se insertan en él separadamente, de manera que son apreciables separadamente, en que las relaciones entre ellos son entonces de ubicación y distancia, y no de interpenetración relativa, no como un conjunto indisoluble de sistemas de objetos y sistemas de acciones<sup>439</sup>. Así entonces, el problema de los asentamientos es un problema de ubicación y acceso, no de relaciones con otros espacios co-concurrentes.

La **cuestión de los recursos** se reduce a su apropiación e intercambio, cosificando como bienes fungibles los recursos intercambiables, económica y jurídicamente, desapegándolos de su contexto, ya sea humano, social, histórico y/o ambiental. La actividad de los humanos es también segmentada y desapegada de todas las relaciones tejidas en las redes de funcionamiento entre estos con su entorno, los recursos naturales, los nichos sociales, su propio funcionamiento biológico y psicológico subsumido y subordinado a la obligación-control del trabajo y el clientelismo. El único punto de reunión parece ser la ordenación desde arriba de las ciudades, subordinadas a su vez en la lógica del orden estatal. El tiempo de vida es el del trabajo, definido por los dueños del intercambio y el tiempo burocrático político administrado por los profesionales de la política que ya abandonaron el lugar/momento del ágora y la civitas como comunidad.

---

<sup>439</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A Barcelona. 2000. Pagina 18.

Con el derecho ocurre similar cosa y no tendría por qué ser distinto. El ordenamiento jurídico tiende al orden en las soluciones, a mantener la distinción civilización versus barbarie (todas esas contra-fácticas acciones que hay que criminalizar), a señalar que los marcos de sujeción y obediencia en una política geométrica de la pirámide son la forma de producción y distribución de lo jurídico. El derecho y sus procesamientos mantienen su concepción causalista de avance lineal, de progreso evolutivo, de respuesta sucesiva, hasta reordenarse en un lugar común que se erige en un aforismo con pretensiones de verdad por lo que calla: *el derecho siempre va desfasado de los problemas sociales*.

Analicemos un momento esta idea de auto restricción de pensamiento que ha impuesto el logos moderno: la sociedad es evolutiva, tiende naturalmente a avanzar hacia alguna parte difícil de simplificar, los fenómenos sociales son siempre complejos, nuevos, rápidos, de manera que avanzan a un ritmo de tiempo que para las ciencias, y especialmente para el derecho, siempre solo pueden ser detectados tardíamente, de manera que llegara regular un determinado fenómeno solo es posible después que éste ha ocurrido, de una manera incompleta probablemente, en una fatalidad del atraso permanente. En la metáfora de la autopista que he utilizado hace un momento, los fenómenos sociales (y debemos suponer en consecuencia que los naturales también, ya que no existe naturaleza y sociedad como fenómenos desapegados) circulan por la pista rápida y en automóvil de última generación de velocidad, mientras que el derecho lo hace por la pista de circulación lenta, en un carro muy bonito pero lento, en una carrera desesperada en que de antemano se sabe éste último no alcanzará al primer coche. La solución entonces es o de resignación (ya llegaremos por ahora hacemos lo que se puede), o bien de orden y solución del problema por arriba, desde quienes pueden ordenar y dirigir el flujo de las autopistas sin participación de los automovilistas.

Lo anterior, que es en parte cierto, aloja una cantidad de silencios que ponen en jaque que sea irremediablemente así, y transforma - sino en falso-, cuando menos en una aproximación al problema que se encuentra falseada por sus propios presupuestos:

Primero, imaginamos que todos los fenómenos deben circular a un mismo ritmo, a una misma velocidad, y que toda inadecuación entre ellos se debe a esa diferencia de velocidad de circulación entre uno y otro. La uniformidad abrumba, ¿Cómo no apreciar que los fenómenos tienen de por sí tiempos propios de gestación, evolución y desenlace?

Segundo, imaginamos que todos los procesos evolucionan en progreso lineal, de manera que todo debe coincidir en un mismo proceso evolutivo. Así, la solución al problema está en igualar la evolución de ambos procesos, acelerando el más lento o resignándose al desfase.

Tercero, que los procesos tienen un doble orden de funcionamiento: uno de circulación de velocidades que debe regularse para evitar colisiones y atrasos, y otro que solo puede producirse desde un diseño de orden generado desde arriba y por fundamentos técnicos.

Cuarto, que entre todo fenómeno existe un número de causas y efectos reducibles, abarcables y ordenables. Las causas y efectos son pocos, intervenibles y controlables.

Quinto, que todos los fenómenos pueden ser regulables, y por lo mismo sometidos al principio de imputación del deber ser de una nueva situación ideal, más avanzada y adecuada al ritmo violento de los procesos sociales. Lo anterior implica una contradicción máxima de fotografiar el instante para luego de regular sus variables provocar un salto adelante que acerque lo más posible regulación y fenómeno.

Sexto, que el fin del orden es la circulación regulada sin conflictos.

Esta forma de pensar implica una idea de progreso que privilegia el orden desde arriba, la construcción de soluciones globales y un desprecio por los ritmos, tiempos y espacios cotidianos. Es la perspectiva de la historia y de la ciencia de aquellos que hacen uno de espacios de poder preestablecidos y sacralizados. En palabras de Nietzsche “Cuando se alaba el progreso, lo que se alaba es el



movimiento y se elogia a aquellos que no nos dejan estarnos quietos en ninguna parte”<sup>440</sup>. **Es una forma de expropiarnos la cotidianeidad.**

Un segundo mito/dogma, ahora ya dentro del campo del derecho es su pretensión de verdad y de certeza. Desde la tradición escolástica hasta el formalismo irreflexivo de cada día, pasando por el positivismo y su pretendida cientificidad, el derecho pretende erigirse en meridiano de verdad y certeza de la sociedad.

En un modelo político jurídico en que también desde arriba se definen los espacios institucionales y ciudadanos, en que supuestamente es el Estado Nación el que produce la unidad de la sociedad en torno a vínculos comunes, un sistema legislativo basado en la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley y el conocimiento completo por éstos de esa estructura de unidad, la ley parece ser no solo la gran herramienta, sino el paradigma de certeza, seguridad y verdad, que permitirá precisamente esa cohesión. ¿Cómo es posible confundir seguridad, certeza y verdad? ¿Es posible aspirar a la seguridad jurídica, cuanto y qué tipo de ella?, ¿es posible aspirar a la certeza, a la verdad?

La pretensión de verdad parece explicable a la luz de la escatología, la escuela exegética y el positivismo, en que la necesidad moderna de condensar resultados en forma de ley que permita atribuirle una resolución definitiva de un problema objeto lo dibuja con claridad. Bajo un paradigma de la ciencia centrado a su vez en el causalismo rígido, donde se trata de establecer “una ley de la unanimidad, independientemente de que dichas cosas sean verdaderas o falsas”<sup>441</sup>, resulta inmediatamente lógico el pretender centrar un proceso en una línea que termina siendo deductiva, que establece la tesis del problema no en el problema mismo sino en la norma que regula el problema, la hipótesis en un modelo procesal que busca probar que tanto se ajusta la realidad a ese marco normativo y la conclusión (y verdad establecida) en una sentencia que pretende ordenar la realidad

---

<sup>440</sup> Nietzsche, Friedrich. *Aurora*. Gradifco SRL. Buenos Aires. 2005. Página 280.

<sup>441</sup> Nietzsche, Friedrich. *La Gaya ciencia*. Gradifco SRL. Buenos Aires. 2004. Página 74.

a ese principio normativo, incluso bajo amenaza de coacción por la fuerza. Se repite y perpetúa el dogma de la falacia iusnaturalista que confunde que lo que debe ser, es.

Parece curioso lo que de aquí puede desprenderse, pero lo es aún más la herencia que de allí queda para la forma de pensar que deviene en el actuar común y cotidiano de los operadores jurídicos institucionales. Es común escuchar que la realidad procesal no es igual a la verdad real, pero que debe acercarse para una mejor resolución. Y sin embargo seguimos razonando como si la verdad fuese algo real, como si pudiese alcanzarse, cuando a lo más podemos llegar a diseñar mapas aproximativos pero nunca verdaderos.

Por otro lado vuelve a aparecer el modelo de pensamiento de la certeza, de la fotografía de la realidad que concrete y establezca un determinado estado situación de la realidad cambiante. Bajo la lógica moderna civilista de la cosificación de los procesos y la estabilidad de la propiedad y la posesión, se busca crear situaciones jurídicas de verdad, en que nuevamente la única forma de tomar los fenómenos es fijándolos, excluyendo toda indeterminación en las situaciones futuras, transformando a los procesos sociales en cosas inmodificable, en situaciones inamovibles y cosificadas, que solo así son posibles de definir sus posibilidades de establecer los bienes, las mercancías y el intercambio. La certeza jurídica radica en la cosificación de las situaciones para la estabilización de los bienes, excluyendo toda otra pretensión de movilidad que no se centre en una legitimidad formal de los derechos y las relaciones.

Una vez más, la herencia paradigmática del método jurídico tradicional y la verdad como horizonte se asimilan: **la realidad obligada a ser como por imputación se ha definido que así sea**, considerando solo efectos inmediatos y nunca efectos secundarios, colaterales o multivectoriales. Compartiendo éste punto de ceguera con la economía, las externalidades son no sólo desplazadas sino ora silenciadas ora sancionadas.

Desde esa perspectiva, ¿qué tipo de seguridad puede desprenderse de esa alianza de falacia iusnaturalista con inmovilismo de las relaciones sociales que no

pasen por un intercambio patrimonial contractual? ¿Qué tipo de respuestas y de aseguramientos se necesitan para obtener ese tipo de seguridad?

La aseveración de la certeza y la verdad, como inicio y término del proceso de lo jurídico produce entonces una falsa idea de la seguridad como inamovilidad, aseguramiento y control del estado determinado. Los esfuerzos del derecho no se centran en producir relaciones sociales sino en consolidar las relaciones establecidas desde otras institucionalidades, básicamente la economía y la moral o la ideología. El telos y ontología del sistema pasa entonces a ser la conservación del orden, estableciendo sistemas jurisdiccionales, policiales, institucionales e ideológicos de ese aseguramiento y control. A la manera de la economía financiera en que los esfuerzos de funcionamiento del sistema se centran en la circulación con independencia de los usuarios, o la economía productiva capitalista en que la valorización e intercambio de la mercancía prima por sobre las necesidades de productores y consumidores, o de un tipo de producción global de uso intensivo de energía contaminante, en el derecho las energías se dirigen a la conservación y control del estatus del régimen y los privilegios y no a los destinatarios de derechos de segunda o infinitesimal generación.

Se opera como si no existiesen efectos colaterales, afectados mediatos, necesidades ocultas, como si todo lo que debe ser es y lo que se aparta merece reordenarse y así se ejecuta. ¿Cómo es esto posible? La respuesta a esta pregunta tiene en verdad que ver con el punto de mirada: **estamos en el paradigma de la respuesta y no de la pregunta**. Nos ponemos de partida en el punto ciego de la mirada.

En efecto, la mirada profesionalizada del derecho es siempre la mirada de la respuesta al problema y de una manera bastante mecanicista: frente a tal problema la ley dice tal cosa; o -el marco de legalidad es éste y se hace operar de ésta forma-, retornándose siempre al principio de subsunción e imputación en que se fuerza a la realidad acomodarse a los parámetros de legalidad. La conclusión entonces es doble: el punto de inicio de la reflexión jurídica es establecer una respuesta que permita hacer funcionar imputación y subsunción, y a la vez se tratará de una solución de causalidad inmediata que ni siquiera intuye contexto.

**Otra perspectiva de lo jurídico más allá de la imputación** como único camino de salida para los problemas que se reciben, más allá de la sola judicialización o burocratización de los conflictos **impone mirar desde un paradigma distinto el punto**: se necesitan desde el derecho miradas complejas, complementarias, amplias, plurales y líneas de conexión entre distintos estados y momentos de las situaciones a resolver. Esto implica una actitud epistemológica distinta también, situarse no en el plano de las respuestas sino de las preguntas (en plural) que permitan analizar el problema y entregarle respuestas sucesivas y compuestas, estrategias múltiples de solución y articulación de interacciones sociales e institucionales. Ese es un camino **—el de la complejidad—** que desde la mirada profesional, pasando por la articulación de los actores sociales involucrados, hasta las respuestas institucionales se encuentra, aún, básicamente inexplorado.

Intentaré en este capítulo, para esbozar un principio de acción sobre el derecho en esa perspectiva no lineal sino compleja, revisar la matriz monista y formal que constituye la ratio jurídica en los cuatro elementos que ya señalamos: forma - norma y contrato -, fuentes, funciones y fines más o menos consensuados para ésta juridicidad de mediación de la realidad.

### **El derecho como forma.**

¿Pero forma de qué? Desentrañar, fijar, establecer, analizar su contenido y el por qué la necesidad de desformalizar no ya sus ritos sino la razón del ejercicio de esa forma, es de radical importancia para un trabajo jurídico que se desplace desde el pensamiento abstracto a la realidad material.

Desde un punto de vista decididamente crítico a la neutralidad jurídica, que han sostenido autores como Barcellona o Poulantzas<sup>442</sup>, se ha señalado reiteradamente que el derecho es forma de la política, que se trata en verdad de la

---

<sup>442</sup> Para un conocimiento más a fondo de lo que sostienen ambos autores sobre el punto puede verse a Barcellona, Pietro y Coturri, Giuseppe, *El Estado y los juristas*. Editorial Fontanella S.A. Madrid. 1976; y Poulantzas, Nicos. En *Marx, el derecho y el estado*. Barcelona. 1979.

expresión formalizada y burocratizada del ejercicio de dominación y despliegue de fuerza de las clases que necesitaban consagrar en una institucionalidad una forma contra mitológica que sustituyese el orden medieval y que requería no solo ritualidad sino además un contenido y un continente de totalidad.

Señalamos ya que a partir de la configuración de los órdenes jurídicos modernos y por ello propiamente burgueses, la política de la nueva clase ascendente se convirtió en la institucionalidad del Estado y en su forma de ejercicio burocratizado que se constituyó en derecho público. El derecho se constituyó en la forma de la ideología liberal sustentadora de esa formulación política institucionalizada, que transformada en legalismo disfrazaba su carácter ideológico bajo la idea del orden necesario para esa nueva sociedad. Comprender esto es esencial para establecer que ese legalismo es

“un soporte fundamental en que descansa la lógica del sistema dominante (que) consiste, en propagar la *abstracta igualdad formal*, como uno de los atributos básicos, que le permite cumplir la función estratégica de lograr la cohesión, que esconde y amortigua los verdaderos conflictos y contradicciones que se debaten en el seno de la sociedad. Así, la ideología jurídico/institucional expresada en la exaltación de la Ley convierte a esta en el instrumento que posibilita el desarrollo de los otros aparatos, el económico, político, social y represivo, los cuales, en un juego de mutuo acompasamiento van reproduciendo el modo de ser, la razón histórica del modelo capitalista”<sup>443</sup>.

Lo anterior hace necesario recordar una vez más que el desarrollo del Estado Moderno y de su Derecho son a su vez paralelos, concurrentes y constituyentes del nuevo orden económico que con él y desde él se desarrolla en el occidente capitalista. Pero ese modo de producción, esa economía, por más que se le pretenda dar el carácter de natural y de conceptos idealmente establecidos, como bien lo mostraron los actos de comercio internacional que fuertemente organizaron sus inicios y la economía política en el análisis de los factores de producción, es esencialmente un acto de relaciones entre sujetos capaces de intercambiar lo necesario para su producción y reproducción, generando situaciones de poder que, institucionalizadas, requerían de una regulación permanente que agregase una

---

<sup>443</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para los Derechos Humanos y las Estrategias de Defensa Jurídica desde la Sociedad Civil*. Quercum. Cuadernos de Debate. Santiago. 1989. Página 5.

cierta cuota de regularidad y continuidad, es decir de seguridad, a su forma de producción. El derecho emanado del Estado, pero de cierta forma ubicado también en un nivel intermedio, o mejor dicho que efectúa intermediación entre el soberano y los súbditos, para con él y entre sí, es sobre todo un doble movimiento de expresión y de prescripción de las relaciones sociales admitidas a formar ese orden.

Si se considera que el derecho moderno es también expresión de la razón científica que anima el paradigma que lo origina y sustenta, y que éste se expresa mediante normas que devienen en leyes de certeza que a su vez proponen y prescriben, puede apreciarse que en el orden de la idea llevada a su desarrollo, las relaciones que se pretende imputar como naturales, correctas y esenciales para el desarrollo social son las que reproducen libertad y propiedad, consagrando una estructura piramidal de ejecución soberana, se aprecia como la forma de esas relaciones pasan a ser las formas que el mismo derecho promueve: la ley y el contrato. Ley en tanto vínculo entre Estado y los súbditos obligados a acatar las disposiciones soberanas a riesgo de excluirse del orden y ser sancionados por ello. Contrato como método y ejercicio - título y modo - de la relación social entre propietarios que intercambian y acrecen su propiedad en libertad garantizada por la ley, pero que obligados recíprocamente no solo transforman el negocio en un negocio jurídico y la relación entre ellos en una relación ínter subjetiva, un *do ut des* regularizado, sino que constituyen la concurrencia y la obediencia permanente como sustrato psicológico imprescindible para el modo de vida que se establece como sociedad, el capitalismo contractualista.

Entre ambos puntos, el de la obediencia a la soberanía y el de la obligación entre sujetos igualmente capaces de intercambiar, se encuentra la sociedad civil, el lugar del hombre en tanto ciudadano separado de la comunidad y dispuesto para sí mismo por sobre todo; solo el hombre que antepone su posición a la de la comunidad necesita de la seguridad para que no le sean removidos en base a ésta última sus posesiones que constituyen su libertad, ergo, su propiedad. Por ello es que “La seguridad es el supremo concepto social de la sociedad burguesa, el concepto de orden público: la razón de existir de toda sociedad es garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su

propiedad”<sup>444</sup> y que la consagración del hombre que intercambia es, en tanto miembro de esa sociedad que se construye en el intercambio de mercancías, “la base, el presupuesto del Estado político”<sup>445</sup>. Una vez más la circularidad y cierre de la construcción monista del Estado y su derecho es absoluta: el tránsito entre uno y otro punto es la reproducción de la sociedad, que se forma mediante el doble juego de ley y del contrato que hemos advertido.

La consagración de la Ley como forma normativa suprema que desplaza a todas las demás (moral, religión, costumbre, reglas de juego, etc.) es claramente la expresión de ese proceso de supremacía del Estado sobre las demás formas sociales de organización como sobre los sujetos sometidos a ese ordenamiento, quienes se convierten en parte de éste entramado por el acatamiento y sujeción a esas normas, que de lo contrario los excluye. Así lo señala con toda claridad Hans Kelsen cuando refiriéndose a la relación entre Estado, normas y efectividad del orden jurídico, que para él es siempre orden normativo, expone que los sujetos del derecho en el conocimiento de las normas manifestación del poder exterior del Estado “Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por ese orden”<sup>446</sup>. Estado, norma y súbditos en una relación de funcionalidad.

Las características que se le atribuyen a la ley como norma esencial de los ordenamientos jurídicos permiten apreciar la coherencia con los postulados del Estado y de la economía de intercambio capitalista, por sobre las otras relaciones sociales no patrimonialistas que la sociedad y la comunidad adoptan. Cuando se define a la ley como norma jurídica señalando que “es una norma de conducta exterior, bilateral, imperativa y coercitiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana”<sup>447</sup>,

---

<sup>444</sup> Marx, Karl. *Antología*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Página 75.

<sup>445</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 79.

<sup>446</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1999. Página 154.

<sup>447</sup> Pacheco G. Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990. Página 50.

distinguiéndola como norma jurídica, se está desplegando precisamente la forma en que se imagina ese orden jurídico estatal en que comunidad e individuos quedan subsumidos en ella, de manera que la vida ínter subjetiva queda limitada una prescripción formal, pasa a ser “una regla de convivencia o coexistencia que regula la conducta de los individuos entre sí en su vida de relación”<sup>448</sup> fijándose por este ente omnipresente pero externo que es el Estado por medio de su forma derecho, cual comportamiento puede ser llamado social y cual no.

Exterioridad, bilateralidad, imperatividad y coactividad son, más que características los márgenes dentro de los cuales ha de desarrollarse la actividad social permitida por ese orden jurídico estatal. Dibujan los cuatro puntos cardinales que mapearán que actuación puede ser admitida y cual excluida; o en términos de Giorgio Agamben, excepcionada por el poder soberano<sup>449</sup>. De allí que el aforismo jurídico que señala que *en derecho privado puede hacerse todo lo que no está prohibido y en derecho público solo lo que está permitido*, es en verdad una imposición de límites a los sujetos acerca de qué y cómo usar las formas jurídicas.

Es un hecho cierto que no solo el Derecho estatal regule las conductas externas; también la moral, la religión, la violencia o la comunidad, en tanto fenómenos sociales, llegan a regular conductas e incluso a establecer instancias de debate, procedimientos y sanciones, con distintos alcances y grados de eficacia en su resultado; pero lo que caracteriza a la norma de derecho estatal es no solo, como normalmente se enseña el que tenga exclusividad coactiva, si que incorporando esa dimensión su prescripción sirve además de lindero a los súbditos más que al propio estado, ya que el señalamiento de obligatoriedad pública de un comportamiento asociado a una sanción de corte represivo eventualmente físico, demuestra que hablamos de un sistema de establecimiento de límites funcionales en ese mismo ordenamiento a la razón de estado y al tipo de soberanía al que sirve. La exterioridad queda marcada por la necesidad de sumisión a un orden; la interioridad no queda excluida en absoluto, solo que demarcada a los límites de posibilidad sin

---

<sup>448</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 50.

<sup>449</sup> Al respecto ver Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pretextos. Valencia. 2003.



sanción. Como puede verse, no es solo la coactividad basada en la reserva del uso legítimo de la fuerza lo que denota al derecho; son además otras características las que nos ayudarán a precisar como el derecho es forma de una relación social que resulta imprescindible establecer y reproducir.

Que la norma sea determinada y quede con ello fijado su campo de existencia y validez es básicamente garantía del tipo de relaciones sociales que auspicia y que suponen diferencias con otros ordenes jurídico económicos, como el conjunto de reglas implicadas en un intercambio del trueque por ejemplo, otorgándole al juego estado-derecho-economía una mayor permanencia y en lo posible fijeza en las condiciones que son propiciadas por el Estado para el desarrollo del modo de producción mercantil y el tipo de intercambio contractual, que en su ejercicio de soberanía y control sobre recursos naturales y poblaciones dicha institución y a la vez aparato guardián impone y obliga a acatar como reglas que son las de su propia existencia. Se garantiza de ésta forma no solo la cosificación de las relaciones y la inmodificabilidad de las condiciones de desarrollo, sino que también con ello se otorga una garantía de concurrencia a un orden de intercambio de equivalencias que, representadas en moneda, disminuyen la arbitrariedad temporal. A diferencia de las formas comunitarias en que la argumentación en el proceso de intercambio es expresión de vida de la misma comunidad, en el derecho estatal, monista y capitalista no hay lugar para máximas de convivencia experienciales que no sean las definidas y aceptadas centralmente. Por ello es que “Las normas jurídicas son, en consecuencia, por naturaleza imperativas, sea su mandato positivo o negativo. Quedan por tanto, fuera del Campo del Derecho los consejos, las exhortaciones y las simples afirmaciones o constataciones de hecho”<sup>450</sup>. Una norma que no ordena no sirve a un orden que requiere que el poder que ejerce el soberano sea acatado sin dilación ni excepción y lo adquirido por sus sujetos privilegiados garantizado. De aquí que esas normas sean por un lado órdenes y por otras garantías mal llamadas derechos.

Solo de ésta forma puede entenderse que la coactividad sea central para la norma jurídica, más que en el sentido de imponerse sancionando, ya que los otros

---

<sup>450</sup> Pacheco G. Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990. Página 51.

tipos de normas también sancionan, en el sentido que su ejercicio es desarrollado exclusivamente por el Estado y sus agentes. Es falso que otros sistemas de regulación no admitan imposición, las formas comunitarias también la admiten pero para reconstituir una y otra vez la colectividad unitaria desde debajo de esa comunidad. La coactividad de éste Derecho que se reserva la amenaza y el uso de la fuerza cuyo monopolio autodefinido por y ante sí como legítimo del uso de la fuerza se ha reservado, es una imposición desde arriba, no desde los sujetos. Cada vez que se requiere defender los derechos consagrados como sagrados por el ordenamiento, el uso de la fuerza adquiere una dirección concreta contra los sujetos que se atreven a amenazar ese orden. Cada vez que el poder económico, organizado como sociedades formales o como entes difusos requiere ser coaccionado, se hace preciso desatar una doble mediación del conflicto, que primero lo reduce a una apariencia de conflicto entre individuos y luego requiere una identificación secundaria de los individuos de esa forma colectiva organizada. Los límites de intercambio entre coactividad y coacción más que difusos adquieren notable presencia. “Cuando una persona invade la esfera del poder jurídico concedido a otra, nace, a favor de aquella, la posibilidad de repeler dicha trasgresión, poniendo en práctica el aparato coactivo que le suministra la sociedad”<sup>451</sup> señala Máximo Pacheco. Sin embargo éste autor socialcristiano parece olvidar que el poder no es poder de invocación sino poder de dominación, y allí el Estado y el Mercado se alinean recíprocamente contra la comunidad constituida por individuos reales y ya no ideales.

Para decirlo de una manera mucho más clara. La pertenencia a una comunidad jurídica (que en la modernidad es potencialmente toda comunidad territorializada y centralizada) queda definida por la aceptación más menos voluntaria de ese ordenamiento, pero la pertenencia de las normas al ordenamiento no depende de la voluntad de los soberanos sino de la pertenencia a ese mismo ordenamiento. Como lo exponía Carlos Santiago Nino “la pertenencia de una norma a un sistema, o sea su validez (en ese sentido) está en función relativa de (es

---

<sup>451</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página. 53.

relativa a) la pertenencia al sistema, o validez de otra de la cual deriva la primera”<sup>452</sup>. Y bien sabemos que la validez depende no de la pertinencia de la norma a la satisfacción de las necesidades sino de su lógica interna sistémica, y que todo desconocimiento de ese orden de validez admite un ambiguo juego de exclusión, sometimiento y sanción. Si “se suele sostener que un acto está prohibido, o sea, es un delito, cuando contradice o viola alguna norma jurídica”<sup>453</sup> y todo deber es deber para con otro, pero a la vez para con el Estado, su sistema y su orden, se aprecia de manara palatina como en verdad la forma normativa es forma de una relación Estado – Sociedad Civil que se busca imponer a los individuos. Sabemos además, por el modo de producción junto al cual el Derecho moderno se desarrolló, cual es el contenido de esa forma: la sociedad patrimonial contractualista de mercado. La forma contrato adquiere entonces toda su importancia.

Observemos lo que señala Hegel para establecer como la comunidad ha sido desplazada y substituida por el individuo y por una relación entre individuos aislados intercambiando uno a uno sus pertenencias. Analizando la forma como la juridicidad de intercambio se manifiesta en el juego de la dialéctica indicaba que al encontrarse las voluntades individuales de los sujetos, “En el contrato teníamos la relación entre dos voluntades como una relación de comunidad”<sup>454</sup>, pero que se trataba de un estado aún no racionalmente establecido, ya que esas voluntades concurren en un estado aún privado que requiere de un momento posterior, superior, que las organice y disponga.

De ésta forma, la comunidad se forma entre individuos que concurren aisladamente. Pero no se basta a sí misma, requiere de un paso más, su formalización. El siguiente párrafo de sus *Principios de la Filosofía del Derecho* nos lo aclara definitivamente:

---

<sup>452</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Página 116.

<sup>453</sup> Nino, Carlos Santiago. Op. cit. Página 174.

<sup>454</sup> Hegel, Friedrich. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 173.

*“Así como en la sociedad civil el derecho en sí deviene ley, así también la existencia inmediata y abstracta de mi derecho individual toma el significado de ser reconocido como una existencia en el saber y en la voluntad universales existentes. Las adquisiciones y los actos referentes a la propiedad deben por lo tanto efectuarse con la forma que les da existencia. La propiedad se basa entonces en el contrato y en las formalidades que la hacen susceptible de demostración y jurídicamente válida”<sup>455</sup>.*

Una vez más se trata de la forma en que se constituye el tipo de relaciones sociales que el proceso de construcción cultural que forman la estatalización, la economía de mercado y la mediación burocratizada de los fenómenos sociales hacen posibles. Durante la Edad Media “la idea de pacto tuvo un papel importante primero en la organización feudal del poder y después en los parlamentos medievales, se trataba de acuerdos dentro de los poderes existentes con el objeto de mantener y convalidar costumbres y privilegios estamentales o, después, de tener alguna audiencia ante el poder del rey, pero nunca de acordar los derechos que racionalmente corresponden a todos los individuos entre sí y en su relación con el poder político”<sup>456</sup>. La organización social requería de una dosis de acuerdos que constituirían todo un sistema estamental de intercambios que después, en la constitución de un sujeto conceptual abstracto, a histórico y privado, serviría de punto de quiebre ideológico para romper con los privilegios estamentales, no para democratizarlos sino para privatizarlos entre quienes poseían a propiedad suficiente para su adquisición y conservación. El sistema medieval de *pacto comunitatis* se ha privatizado y adquirido dos características nuevas y determinantes: a) por una parte toda comunidad es concurrencia de individuos a la transacción de propiedad, es decir una comunidad para ser admitida debe adoptar este contenido de movilidad de la propiedad. De allí que toda comunidad de bienes inmovilizados sea, para el derecho civil propietario una situación indeseable. b) la forma que lo habilita para adquirir el carácter superior de la idea es la forma que precisamente el órgano generador de derecho le otorga, es decir los límites que legalmente el Estado y su legislación ha colocado para la realización de esos intercambios y su validez, es decir, su no sanción.

---

<sup>455</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 338.

<sup>456</sup> Ruíz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2003. Página 205.

La comunidad ya no dispone libremente de sus relaciones, ya no le es admitido el establecer las variantes necesarias de acuerdo con sus localismos, con sus tradiciones, con su posibilidad de crearlas y recrearlas en la medida que sus necesidades, requerimientos y cambios situacionales lo exijan. Después del establecimiento del Estado Nación como la forma de la soberanía, y con ella de la legalidad como forma de atribución y otorgamiento de derechos subjetivos, el contrato es la forma privilegiada y casi única de relación social ínter subjetiva. Toda otra forma es, si no criminalizada o desplazada, al menos subordinada a la lógica del contrato que trocó la lógica del negocio jurídico en una actividad de intercambio de capital entre sujetos ya no separados por su pertenencia estamental o sus condiciones materiales de socialización, a una caracterizada por su propiedad mediada en la abstracción de la forma.

Señalemos finalmente una cuestión más para demostrar cómo esta forma de las relaciones sociales necesarias para la modernidad capitalista se eleva no solo como forma de ejercicio de poder político o de intercambio que forma la sociedad civil, sino como se le eleva al carácter científico que completa el movimiento de implantación del paradigma moderno en el derecho.

Desde un punto de vista del derecho que llamaremos *interno*, desde su trabajo disciplinar, esa formalización deviene en legalismo y éste, en un nuevo giro de abstracción, decanta en la ciencia jurídica que ha sido descrita como dogmática jurídica, ya que los demás enfoques que no son estrictamente normativos adquieren un estatus confuso y se les denomina como teoría del derecho, filosofía del derecho, antropología jurídica o sociología jurídica, reduciendo la noción de ciencia al conocimiento y manejo de variables fijas y aunque al tratarse de leyes susceptibles de cambiar, no obstante eso convertirlas en un objeto supuestamente inmodificable, lo que conlleva una contradicción nunca resuelta sobre su estatus de ciencia: una disciplina que tiene por objeto uno que cambia por decisiones subjetivas y no por causas explicables objetivamente.

Joaquín Herrera Flores recordaba en su libro sobre los procesos culturales que “La cultura como regulación funciona descontextualizando los hechos sociales,

es decir, separándolos de las situaciones concretas donde se dan y desarrollan”<sup>457</sup>; y ello es precisamente lo que la denominada *ciencia del derecho* en tanto estudio de la dogmática y sus interpretaciones sin marcos de conocimiento de las relaciones materiales de la realidad hace. Baste citar el siguiente párrafo de Máximo Pacheco, texto clásico en la materia para el estudio del derecho en Chile, sobre el punto:

*“Las expresiones Ciencia del Derecho, Jurisprudencia o Dogmática Jurídica pueden ser empleadas con tres alcances distintos: a) En sentido amplísimo, esto es, de toda disciplina que tenga el Derecho como objeto de su conocimiento, lo que implica también la Filosofía del Derecho; b) en sentido más restringido, vale decir, comprensivo de las Ciencias Jurídicas propiamente tales (conocimiento científico), excluida la Filosofía del Derecho (conocimiento filosófico); y c) en un sentido restrictivo o riguroso, como sinónimo de Ciencia del derecho Positivo.”*<sup>458</sup>

La expresión superior racional de la forma jurídica en tanto ciencia que señalaba Hegel como punto de contacto con la Idea, es claramente la constitución de una ciencia del derecho que nada tiene que ver con la realidad, sino que se construye su propio objeto, el derecho positivo, es decir, las normas emanadas del Estado. Se restringe el estudio no a la posibilidad del derecho y sus relaciones sino a las prescripciones que desde el Estado se organiza como derecho para establecer una determinada categoría de relaciones sociales validas y reproducibles.

Si se sigue a la mayoría de los autores contemporáneos del derecho, sobre todo desde Kelsen en adelante podrá apreciarse como esa es la línea de trabajo que marca el sello del estudio del derecho, al cual se le pueden efectuar críticas, aperturas hacia una disposición de esas normas objeto de estudio hacia problemas sociales o fines que supuestamente los encarnan; pero es indiscutible que ha marcado al derecho o a la expresión disciplinar de él en una especie de mapa que expresando el territorio, aloja en su centro la dogmática jurídica y en sus contornos el formalismo como método, la burocracia como expresión de la ratio práctica, hasta el fetichismo de la ley y la ideología jurídica de la validez legal.

---

<sup>457</sup> Herrera Flores Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página 83.

<sup>458</sup> Pacheco G. Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990. Página 693.

En el juego de las ciencias, dispositivo de saber y de poder articulados como verdad, “la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza”<sup>459</sup> en que la validez de éste depende de la validez de su objeto, la norma, que es siempre validez y eficacia dependiente de su expresión conforme y forma de imperativo, de manera que el formalismo pasa a ser constitutivo de sentido en sí mismo, desplazando la discusión acerca de su contenido. La ciencia jurídica adquiere forma en la medida que se concentra en la formalidad y se vacía no ya por inteligibilidad de la realidad, sino por enunciación expresa: “La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el *sollen*, una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular”<sup>460</sup>. La realidad material ha sido suplantada. “La representación suple regularmente la presencia”<sup>461</sup>. Cabe preguntarse cómo, pero también por qué.

Tal como lo expone Norberto Bobbio, el estado actual del derecho en tanto ciencia jurídica es el resultado de una evolución de la reflexión y de una superposición de los dos modelos de ciencia de la época moderna, la concepción racionalista del (*siglo*) XVII y la positivista del XIX, a las que la jurisprudencia intentó emular forzando los fundamentos de ambas y derivando hacia una objetividad que deviene en cosificación descontextualizada. Para el racionalismo la ciencia se entendió “como una adecuación de la razón subjetiva del hombre a la razón objetiva del universo”<sup>462</sup>, lo que se tradujo en el intento de sustentar ya racionalmente un derecho natural que diese cuenta del hallazgo de ciertos derechos necesarios, universales e inmutables, en que la función de la ciencia del derecho fuese precisamente el descubrir aquellos, formulándolos en una traducción formal, lo que adquirió mayor peso aún con la sistematización de los códigos que pareció aportar

---

<sup>459</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1999. Página 31.

<sup>460</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 55.

<sup>461</sup> Derrida, Jacques. *Márgenes de la Filosofía*. Cátedra. Madrid. 2003. Página 354.

<sup>462</sup> Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid. 1990. Página 174.

esa unidad que el universo se señala posee. Para el positivismo la diferencia no radicaba tanto en apartarse de esa posibilidad de que existiesen efectivamente leyes universales – aunque parece más apropiado decir totales -, sino por un distinto modo de obtenerlo que radica ya no en dilucidar esa objetividad sino en encontrarla exclusivamente en hechos constatables: “El hecho constituye para el positivista el presupuesto y la guía de análisis científico. Lo que no es reductible a hecho, a acontecimiento verificable, no entra al sistema de la ciencia; y como la ciencia, para un positivista, es la única forma posible de conocimiento, no es ni siquiera cognoscible”<sup>463</sup>. Kant extremado pero también vaciado de su sentido histórico racional.

En ese cruce la dogmática se transforma de una búsqueda de leyes en la búsqueda de hechos, en los distintos planos en que las disciplinas podrían abarcar lo universal, que resultase más racional que los caprichos teologales, hechos que debían expresarse formalmente para fijarse como datos ciertos en una historia atemporal. Hay que detenerse en esta cuestión un momento.

Si originalmente el proceso reflexivo era político al intentar encontrar y fundamentar la modernidad capitalista en las leyes racionales que lo demostrarían como etapa superior del progreso, un siglo más tarde se trataba de exponer su naturalidad a histórica. Eso explica el paso de la razón al hecho en tanto que todo era en verdad un engranaje de una máquina más que de una ratio. Para el positivismo jurídico el problema de la jurisprudencia entonces pasó a ser ya no las leyes universales sino la expresión de causalidad entre los hechos, de los cuales las normas escritas y sistematizadas y exclusivamente ellas, daban cuenta de los hechos. Al estudiar la norma como expresión fijada de lo fáctico, se hace contener en la disposición todos los hechos posibles, reduciéndolos y acotándolos por abstracción. La causalidad que concatena los hechos pasa a ser a imputación que en el plano lógico formal los constituye. Si “el mayor o menor carácter científico de un estudio depende del mayor o menor rigor del lenguaje que se superpone al lenguaje común, haciéndolo más rígido e incluso sustituyéndolo”<sup>464</sup>, parecía obvio el

---

<sup>463</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit. Página 176.

<sup>464</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit. Página 181.



que la jurisprudencia abandonase la especulación de lo universal y dejase de lado lo social mutable y a ratos inexpressable y lo valórico ideológico y centrarse el objeto de su trabajo en el análisis de un conjunto de reglas de comportamiento. Lo universal es la imputación de la conducta dentro de los límites en que un ordenamiento jurídico alcanza existencia formal, validez y eficacia.

Como lo advierte una vez más el mismo Bobbio: “el jurista no observa fenómenos, como hace el investigador de una ciencia empírica, ni se preocupa de verificar a través de la experiencia la verdad de las proposiciones normativas, dado que estas proposiciones, precisamente porque son normativas, porque son reglas de un comportamiento futuro y no representaciones de un acontecimiento producido, no tienen una verdad empírica sino puramente ideal”<sup>465</sup>. De éste modo la verdad se vuelve no solo algo abstracto sino al igual que en el iusnaturalismo, presupuesta. Por ello es que ante las continuas deficiencias de contenido y sistematicidad de la legislación positiva, las lagunas, las contradicciones, las aporías y antinomias que ésta presenta, la dogmática opta por una continua tarea de ajuste de la máquina de verdad ideal. Ello explica por qué depurar el lenguaje de la norma como un hecho constatable, trabajar sobre una integración de los espacios de verdad escritos, como si la laguna fuesen no vacíos sino cadenas por unir la ordenación sistémica de todo ese aparato sean las labores de ésta ciencia jurídica que se propone como dogmática, conocedora e imputadora a la vez y se diferencia de la opinabilidad inorgánica de las ciencias sociales, toda vez que es normativa y “puede ser llamada normativa a doble título: en cuanto que tiene que ver con reglas y en cuanto a su vez pone reglas”<sup>466</sup>.

La distinción entre *Sein* y *Sollen* se vuelve entonces no solo una diferencia epistemológica de momentos por conocer, sino ideología pura. Para el derecho la cuestión no es el *sein*, la realidad fáctica, sino el *sollen* como contenido permanente del derecho positivo, único derecho en consecuencia legítimo y válido. El derecho queda así despojado de sus razones y sus prácticas, importa en tanto en cuanto es imperativo de un deber ser que no aspira ya siquiera a la legislación universal.

---

<sup>465</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit. Página 183.

<sup>466</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit. Página 198.

En esa ideología de la técnica se disuelven tanto el imperativo categórico en que “la universalidad de la ley por la que suceden determinados efectos constituye lo que se llama naturaleza en su sentido más amplio”<sup>467</sup>, la crítica racionalista que señala que pretendiéndose la jurisprudencia ser ciencia ella debe respecto de su objeto “descubrir sus leyes, crear los conceptos hasta sus últimas implicaciones, darse cuenta de la afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras, y finalmente ensamblar su saber en un sistema sencillo”<sup>468</sup>, pero que centrada en la ley ha permanecido estacionaria en su posibilidad de establecer leyes universales ya que el imperio de la ley quita progresividad al derecho por cuanto “la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota”<sup>469</sup> y funciona sobre un falso objeto susceptible de desaparecer o mutar sin dejar huellas; así como también la crítica política que le imputaba a la supuesta neutralidad de la ley contener en esa afirmación una falsedad intencionada promovida por la burguesía, toda vez que en ese derecho racional y formal se pretendía encubrir por estos una verdad histórica y material, denunciada por Marx cuando señalaba que “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase”<sup>470</sup>.

Desde una perspectiva genealógica podemos decir que incluso con independencia de la intención de Kelsen de despojar al derecho de todo equívoco moralista, valórico o político y objetivarlo como un instrumento que acentuase el carácter científico de su objeto y lo desproveyese de un decisionismo extra legal, la tarea no solo quitó de en medio las críticas políticas, sino que produjo el peor efecto posible, banalizar el derecho al reducirlo a ley no por que esta sea la forma de lo político y le hace perder su elemento central al hacer que lo que emana del estado

---

<sup>467</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 92.

<sup>468</sup> Von Kirchmann, J.H. *La jurisprudencia no es ciencia*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1983. Página 11.

<sup>469</sup> Von Kirchmann, J.H. Op. cit. Página 27.

<sup>470</sup> Marx, Karl. Engels, Friedrich. *El Manifiesto comunista*. Sarpe. Madrid. 1983. Página 44.

no aparezca como político, sino sobre todo porque reduce su objeto a uno que está lleno de imperfecciones prácticas por su origen, legisladores politizados y no necesariamente rigurosos. Con todo éste movimiento el derecho queda sin más espacio para su construcción teórica que su formalismo y deviene en forma vacía y vaciada, que excluye y relega a la periferia toda discusión de utilidad social para aquellos que no manejan la rigidez de un discurso cada vez más tautológico, como para los propios juristas que intenten discutir de algo más que del significado de palabras codificadas. **Se ha producido una reducción del pensar al objeto, a un verdadero fetichismo de la ley como objeto y de su contenido formal de imputación y deber ser como único contenido: el único destino del sujeto es ser objeto de orden y disposición de obediencia.**

Si como señalaba Carlos Santiago Nino “Los juristas racionalistas pretendieron construir grandes sistemas jurídicos, análogos a los que constituían los sistemas axiomáticos de la geometría”<sup>471</sup> y la ideología dogmática explotada y sistematizada por Kelsen implica finalmente “prestar adhesión a legisladores que tienen éxito en conseguir obediencia para sus normas”<sup>472</sup>, las afirmaciones del realismo jurídico tampoco avanzan mucho más, toda vez que implican una reducción del derecho a su forma ya no estructural lingüística, sino a su validez por vigencia efectiva, la que al contenerse como lo hace Alf Ross en las decisiones de los magistrados, solo produce un cambio de objeto pero no de sentido de la discusión. Intentemos explicarlo.

Todo el sistema de derecho moderno ha cambiado la forma de la infinitud divina por la de la abstracción formal y en ello ha construido un orden mitológico que permanentemente desprecia el mundo, las relaciones sociales y el modo de producción mismo que la originó para dejarle a la economía, la ideología y a la violencia misma la regulación del orden social por el uso de otros instrumentos que no sea la sumisión legitimada y mediada de la decisión formal de los ciudadanos,

---

<sup>471</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Página 323.

<sup>472</sup> Nino, Carlos Santiago. Op. cit. Página 327.

coadyuvando con ello al imperio de los poderes materiales y económicos sobre las comunidades.

EL mito del legislador racional, de la completud total del ordenamiento, del orden como mundo y de un esencialismo aplicable a las expresiones formales reorganiza permanentemente el sentido y el sinsentido de la razón jurídica a la que su reduccionismo, primero a forma y después a técnica, le han llevado.

Se atribuye al legislador determinadas características abstractas que lo vuelven todo poderoso. Nino las enumera de la siguiente forma: a) un sujeto único y unitario en dictar la totalidad de las normas; b) imperecedero; c) omnisciente; d) operativo; e) justo; coherente; f) omnicomprensivo; y g) preciso; de manera que su forma de expresión, la ley, deviene en la perfección sobre la realidad a la que su ejercicio de soberanía se impone. Bajo ese mandato pseudo divino se pretende presumir una totalidad del orden jurídico en que “El postulado de que el orden jurídico es completo encubre una prohibición de concluir, como resultado de una interpretación, que el orden jurídico no ofrece ninguna solución para un caso dado”<sup>473</sup> de manera que toda discontinuidad relacional, espacial y temporal de la realidad material desaparece. Lo que se requiere para ello es un ejercicio de orden y no de producción; si la labor de los juristas es “sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjunto de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas”<sup>474</sup> el sistema a su vez economiza en determinación tanto al llenar el espacio de normas como de razones de conexión. Si hay así un orden, en definitiva éste guarda en si una esencia, que a pesar de que se señale por la dogmática la inexistencia de otra realidad que la prescripción lógica del lenguaje, “consiste en suponer que hay una realidad trascendente a la experiencia que determina necesariamente el significado de las expresiones del lenguaje”<sup>475</sup>. Las decisiones que se toman en las instituciones jurídicas comprenden en consecuencia lo posible y deseable según la razón o según la forma, el sentido del mundo se vuelve ideal.

---

<sup>473</sup> Nino, Carlos Santiago. Op. cit. Página 331.

<sup>474</sup> Nino, Carlos Santiago. Op. cit. Página 333.

<sup>475</sup> Nino, Carlos Santiago. Op. cit. Página 336.

Bajo esa noción de lo ideal, es relativamente menos relevante si las decisiones provienen del legislador, del jurisprudente dogmático o del juez operacionalizador. Ya sea que se adopten las teorías racionalistas o positivistas, las ideas de Ross de que lo que la ciencia jurídica debe en verdad proponerse describir ciertos sistemas jurídicos nacionales de carácter individual y considerar su vigencia efectiva<sup>476</sup> por aplicación de resolución aceptada o de fuerza eficiente, o que se pretenda entregar la construcción del derecho a una idea de un juez ideal, un Hércules<sup>477</sup> que tome en sí la labor de otorgar a cada acción de interpretación y aplicación del derecho el constituirse en la tarea de encontrar la única solución correcta para cada caso aún si para ello se debe recurrir a supra reglas como serían los principios, vuelven en definitiva todo al punto de partida. El pensamiento abstracto se ha apropiado completamente del mundo del derecho para desplazar la realidad social, las necesidades efectivas de los habitantes reales de los territorios, las decisiones sobre las diferencias que sus posiciones y disposiciones suscitan a un sistema meramente formal de conocimiento, descripción, explicación, sistematización y utilización de las formulas para la resolución de conflictos.

La forma del derecho no solo es ya la expresión de las relaciones sociales y los modos de producción y de los actos de decisión soberana de dominación jerárquica que desde el Estado emanan y adquieren mediación en la forma jurídica, sino que la forma se vuelve el sentido mismo de la acción formal. El reinado del fetiche como horizonte epistémico se apropia de la realidad, del sistematizador de las reglas del juego y del juego mismo.

Se ha producido una doble reducción de sentido del derecho como razón posible. Por una lado la falacia naturalista, que confunde el deber con el ser, el *sollen* pasa a ocupar sin transición pero sí por exclusión el lugar del *sein*. Por otro lado se ha incomunicado a los datos de los juicios que son, por más que se quiera, siempre juicios de valor. ¿Cómo hacer ciencia y disciplina desde la sola forma que

---

<sup>476</sup> Al respecto puede verse Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. Buenos Aires. 1963. Traducción de Genaro Carrió.

<sup>477</sup> Sobre el punto puede verse: Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Gedisa Editorial. Barcelona. 1988.

quiere presentarse ya ni siquiera como forma de unas relaciones sociales existentes y/o al menos posibles? Como señala Elías Díaz se requiere atención y precaución frente a ambas falacias, la naturalista y la positivista: “ni identificación, fusión o confusión, pero tampoco ficticia y forzosa ruptura o incomunicación entre ser y deber ser, entre datos empíricos y juicios de valor”<sup>478</sup>. Un derecho ciencia y/o un derecho práctica que no contemple al menos la inclusión analítica de las características históricas y sociales reales sobre donde opera, queda vaciado de sentido y de posibilidad. Las dimensiones sociales y formales del derecho aisladas reducen no solo el objeto sino el razonamiento mismo de cómo, porque y para que se requiere un sistema jurídico y no solo un conjunto sistematizado de reglas unidimensionales. Incluso para este autor socialdemócrata, progresista y en ello linealista del desarrollo, no hay posibilidades de un estado de derecho y menos de un estado social de derecho si se reduce a los sujetos a la técnica al punto de excluirlos de la discusión.

Al admitirse a discusión las condiciones de posibilidad del orden público y naturalizar el orden imputativo, se coloca en la cumbre de la pirámide ese reduccionismo y canalización y lo político del estado de derecho queda desprovisto de todo contenido y lo social de ese estado definitivamente manipulable si la técnica del sistema lo requiere. El Derecho abrió así paso a su pérdida de influencia frente a los otros poderes de regulación, especialmente la economía. En tanto que el derecho se vuelve solo norma y técnica, “La cada vez más sólida entrada en juego de normas meramente técnicas está estrechamente ligada a la programación y a la planificación económica, y por esto la individualización de ésta línea de tendencia sirve mejor que la precedente para captar el aspecto dominante del Estado Contemporáneo”<sup>479</sup>.

La extensión e intensificación del orden global ha generado cambios fundamentales en la forma organizativa de las sociedades, aún cuando se mantiene su función y carácter de origen de las estructuras y aparatos del Estado y del Derecho, se ha sido modificada su intensidad y derivado su forma de un derecho

---

<sup>478</sup> Díaz, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons. Barcelona, 1998. Página 155-156.

<sup>479</sup> Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid. 1990. Página 227.

intensivo y comprensivo a uno reflexivo. Considerarlo desde esa perspectiva, desde la reducción del derecho a un mero instrumento lingüístico imputativo que acaba por ser técnica para un funcionamiento sistémico que excluye la discusión de su finalidad fuera de su propio funcionamiento, permite apreciar de mejor manera el estado actual del derecho en la era global, así como también la línea de continuidad en la genealogía que hemos trazado. Las viejas formas del derecho estatal, convertidas en instrumentos de la nueva lógica reflexiva vaciada de todo otro contenido que no sea el funcionamiento del sistema por sí y para sí, no vienen sino a pavimentar o al menos a complementar la ratio de la estrategia funcional de la teoría de sistemas concretada en el orden global y la primacía de la economía financiera dentro del sistema mundo.

Recordándonos en qué consiste exactamente este desplazamiento, Boaventura de Sousa Santos señala que “Mientras que las sociedades antiguas se organizaban según principios de segmentación o de jerarquía, las sociedades modernas se organizan de acuerdo con un principio de diferenciación funcional. En vez de estructurarse según un centro o un sistema funcionalmente dominante, las sociedades modernas están constituidas por una serie de subsistemas (derecho, política, economía, arte, religión, etc.), todos ellos cerrados, autónomos, auto contenidos, autorreferenciales y auto mutantes, cada cual con un modo de funcionamiento y un código propios”<sup>480</sup>; de manera que entre las distintas esferas de especialización social ya no se espera una integración que permita la obtención del bien común, sino formas de acoplamiento estructural que permitan la mantención de las comunicaciones necesarias para el funcionamiento del sistema. En éste esquema el derecho solo se regula a sí mismo en tanto es uno de los subsistemas especializados (hasta ahora) necesarios para el funcionamiento global. Se trata de una verdadera y cada vez mayor automatización del derecho.

Lo señalado es así no porque la forma jurídica haya mutado de manera de volverse otra cosa que la compleja trama de institución, constitución, regulación y reproducción de su estructura, sino porque el modo de producción mismo es el que

---

<sup>480</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 180.

ha adquirido o, para ser rigurosos, se le ha dado, esa conformación de sistema funcional diferenciado integrado solo comunicativamente y ya no en un sentido de orientación general de reunión de voluntades tras un interno y un entorno común. Es la concepción misma de lo social, de que es la sociedad lo que ha cambiado, ya que de ser concebida en términos generales como una “Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida”<sup>481</sup>, se le entiende ahora en una perspectiva distinta. Al decir de Luhman: “La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se auto reproduce autopoiéticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas”<sup>482</sup>.

Lo que ha cambiado es no solo la forma de organización del modo de producción sino toda la manera de plantear el orden social y sus elementos para configurarlo. Con ello el derecho mismo es, sino reducido, al menos enmarcado en su nueva funcionalidad operativa. Si tradicionalmente se le otorgaba un papel de mediación y legitimación del consenso, se le añaden a esas características funciones operativas que lo resitúan. La organización del poder que incorpora el “esquematismo jurídico lícito/ilícito parece ser un requisito de eficiencia técnica y de especialización operativa”<sup>483</sup> que pasa, conceptualmente, del *qué debe ser* al *cómo ha de ser*. El fin es la operacionalidad misma que admite como debate exclusivamente su forma de funcionamiento y no sus fundamentos. Como se trata de funcionalidad en una economía capitalista, dice el mismo autor, puede apreciarse que el fundamento no se encuentra ya en un argumento extra social como el derecho natural o la razón, sino en una objetividad que descansa sobre sí misma y su funcionamiento. En ella, el papel del derecho resulta no tan solo una técnica de reunión por simplificación lógico conceptual de los procesos sociales para ajustarse al bien común perseguido, sino una mera técnica de reducción de paradojas del funcionamiento sistémico.

---

<sup>481</sup> Real Academia Española de la Lengua. *Sociedad. Segunda acepción*. Edición on line. [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=sociedad](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sociedad) Visitada 29 de Septiembre del 2008.

<sup>482</sup> Luhman, Niklas. *Complejidad y Modernidad. De la unidad a la diferencia*. Editorial Trotta. Madrid. 1998. Página 59.

<sup>483</sup> Luhmann, Niklas. Op. cit. Página 117.



La siguiente cita de Luhman resume a la perfección el nuevo lugar y rol del derecho para un mejor uso de sus formas aplicada a la operacionalidad de la economía:

*“Los conceptos jurídicos han de contribuir a la fundamentación legal de decisiones jurídicas acerca de lo que es lícito y lo que es ilícito. Operacionalizan la aplicación del código jurídico a sí mismo, que en última instancia es paradójica, puesto que el sistema tiene por lícito (y no por ilícito) el poder decidir sobre lo lícito y lo ilícito. Es precisamente a causa de ésta necesidad de invisibilizar la paradoja y de producir derecho positivo, por lo que queda poco claro el status jurídico de los conceptos jurídicos”<sup>484</sup>.*

Queda claro entonces la mutación de lugar y de importancia que se le entrega a lo que hasta ahora había sido en la razón moderna el derecho como el razonamiento mismo, y con ello al objetivo de la forma, que sin embargo a pesar de todo subsiste por cuanto la idea de legitimidad operacional no posee, aún, otra forma de expresión que permita la comunicación burocratizada entre los elementos del sistema con su entorno, entre ellos seres humanos y países como unidades<sup>485</sup>. “Los instrumentos jurídicos, con su pretensión de validez *erga omnes* y con sus códigos binarios convencionales, expresados en las dicotomías permitido/prohibido, legal/ilegal, público/privado, o constitucional/inconstitucional, serían demasiado simples para afrontar las multifacéticas cuestiones que surgen en contextos económicos en constante cambio”<sup>486</sup>. Para ese juego mayor y con el objeto de aprovechar el instrumental ya construido se ha constatado su ineficiencia pero se ha resituado y utilizado positivamente la forma ya existente pero en una perspectiva de maximización funcional con racionalidad operativa y ya no de racionalidad lógico formal constitutiva.

---

<sup>484</sup> Luhmann, Niklas. Op. cit. Página 146.

<sup>485</sup> Una vez más citando a Luhmann. “El cierre del sistema . excluye a los seres humanos como a los países del sistema de la sociedad... ellos no se encuentran en la sociedad, sino en su entorno”. Luhmann Niklas. Op. cit. Página 55.

<sup>486</sup> Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Página 155.

Se nos ha hecho pasar de la ley como gobierno de los hombres a la forma de organización y preparación del sistema jurídico para el acoplamiento con los demás subsistemas y segmentos sociales. Como lo señala Pietro Barcellona, el nomos de la tierra es hoy pura regla del juego, mero procedimiento y técnica de control, expresión de una voluntad de parte en que el Estado es ya solo una parte del todo. “El problema de la justificación de las normas, del por qué de las normas se convierte así en un problema irrelevante”<sup>487</sup>. Convertido en instrumento de racionalización y planificación, la verdad jurídica carece de lugar donde hacerse fuerte, la responsabilidad del sujeto débil se reduce a mantenerse operativo y no a respetar la entidad de los demás sujetos, el valor de cambio es el verdadero valor del sistema sin importar el valor del sujeto y sus interacciones; lo jurídico y su razón han sido desvalorizados. El costo de haber llevado a la razón jurídica de una retórica formalizada pero política en su más condensado sentido a una formulación de toda la ratio como sistema hipotético e imperativo se traduce en una desvaloración del pensamiento y en un *minusvalor*, una verdadera *capitis diminutio* del Derecho como forma social superior frente a la barbarie. De acá en mas “el sistema funciona como si estuviese fundamentado”<sup>488</sup>.

Cuando Kelsen señalaba que “Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo”<sup>489</sup>, marcaba no solo la afirmación de la base de su teoría, sino que demarcaba una serie de procesos de profundización de la episteme moderna tanto en la formulación de un proyecto científico profundamente dosificador como lo representa el positivismo, pero también una suerte de inversión de la razón liberal original hasta quedar en forma pura que en verdad ha consolidado la cosificación del status quo generado por el derecho en el interior de ese proyecto moderno. El siguiente párrafo lo demuestra:

“La Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas

---

<sup>487</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 27.

<sup>488</sup> Barcellona, Pietro. Op. Cit. Página 70.

<sup>489</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1999. Página 81.

jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa de un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica”<sup>490</sup>.

Si en el exterior de la ciencia del derecho, tanto en la estructura como en la superestructura, para usar el lenguaje de Marx, la consolidación del paradigma en tanto modelo económico, institucional, científico y político se asentó también hegemonícamente, los discursos –y con ellos en verdad el razonamiento que contiene y el que se enuncia pero se escapa – **han presentado todo el orden producido históricamente, como una naturalización del paradigma que lo originó y consolidó**. El derecho, forma y programa de ese proyecto, se estabiliza en la forma, se petrifica en su discurso formalista haciendo aún más opacos los procesos sociales que la originan, como aparece de enunciar la propiedad como un derecho o el orden como una regla de apariencia solo formal y no de dominación. Pero significa no solo eso, sino un verdadero salto adelante, de profundidad pero también de verdadera inversión respecto de la razón pura. En efecto, en los planteamientos originales de la relación entre voluntad y derecho, tanto para Kant o Hegel, como para los padres del constitucionalismo, la voluntad como expresión de la conciencia que, se relacionaba con la libertad y la constitución del sujeto mismo en sí, era una cuestión fundamental. El despojo de éste contenido que es esencia, implica la cosificación absoluta, mediante la forma vaciada de exterioridad y de interioridad, de las relaciones sociales que origina el proyecto político moderno, básicamente capitalistas.

Puede en apariencia desaparecer el contorno y el interior de la forma, pero esta se mantiene allí por ser funcional al juego que le da origen, contenido y proyección; desaparece en apariencia el significado y el contenido del mismo, pero no es tal toda vez que permanece el objetivo y con ello el objeto de lo trazado, servir de vehículo y plasmar en sentido lógico las relaciones sociales que aun elíptica u opacamente expresa: “el significado de los conceptos guarda relación con las reglas

---

<sup>490</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 83.

que rigen su uso”<sup>491</sup>. En el discurso de la forma extremado por Kelsen, pero continuado incluso en su discusión por los teóricos modernos del derecho, llega no solo a simplificarse para efectos del razonamiento el contexto social y relacional del derecho y la sociedad que lo genera, sino que se ha perdido la integridad misma del proyecto de razón para constituirse en un sistema de lenguaje y funcionalidad autopoyético que relega también en lo jurídico al sujeto al entorno de su sociabilidad o lo criminaliza en tanto irritación del sistema.

Se ha mantenido la forma, la matriz de lo abstracto conceptualizado y sistematizado, al costo de perder toda fundamentación, todo razonamiento. Por la vía de la funcionalidad operacionalidad para quien comprende y banalización para quien aplica sin entender, para quien reproduce sin atender a la cuestión inicial del problema, que el derecho en tanto forma era la razón misma del sistema estatal moderno y del modo de producción e intercambio que representaba el contrato. De un modelo social en generación, ascenso y consolidación hemos pasado a uno que dice no necesitar fundamento alguno para su funcionamiento, donde toda discusión de los valores, que en definitiva constituye la dominación en esencia como lo incorpora Nietzsche, y deja desnudo al razonamiento capitalista y desnudo al sujeto débil, pero en sentidos distintos: maximización de ganancia pura versus indefensión.

En la era global, “la reorganización del capitalismo crea nuevos problemas, nuevas desigualdades y nuevas injusticias, no porque sea intrínseco a su naturaleza ser injusto, sino porque la cuestión de la justicia no es pertinente dentro del marco en que se despliega –la norma de acumulación del capital es amoral- a no ser que la crítica le obligue a justificarse y autocontrolarse”<sup>492</sup>. Atender al papel del derecho es clave si se quiere entender la sociedad más que como actos comunicativos, por muy ideales que puedan llegar a ser. Una razón jurídica fuerte requiere nuevamente, como lo ha sido permanente en el debate a su interior y exterior, reasumir la fundamentación de lo jurídico como una expresión de una subjetividad no vasalla,

---

<sup>491</sup> Van Peursen, C.A. *Ludwig Wittgenstein. Introducción a su filosofía*. Ediciones Carlos Lohlé. Buenos Aires. 1973. Página 113.

<sup>492</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal. Madrid. 2002. Página 82.

que era, al menos en un mínimo, en lo que estaban de acuerdo todos los enemigos del antiguo régimen.

### **Funciones y fuentes del derecho.**

En el capítulo tercero, señalamos como existía a nivel conceptual y práctico un amplio consenso en cuanto a que el Estado moderno se caracterizaba por su sentido de dominación; ya se le considerase en tanto institución, aparato o dispositivo, el elemento de la soberanía como constitución y ejercicio de un poder de dominación era un elemento propio de la estatalidad moderna. De allí deriva que, con independencia de si el Estado adopta como forma una dictadura o una democracia, el que su función sea, precisamente, el gobierno de su espacio, y con ello, el control del territorio, materias primas y población; así como también el hecho que la administración sea sólo una parte del ejercicio de ese gobierno. De allí que Máximo Pacheco señale que “El poder del estado es, por esencia, unitario. No obstante ello, en las fases avanzadas de desenvolvimiento, el poder se diferencia o divide y se articula en varios órganos que realizan acciones distintas pero siempre coordinadas desde el punto de vista de la realización del bien común”<sup>493</sup>, con independencia de que significado se le dé a éste último. Para ello se organizan y articulan sus funciones: la ejecutiva o administrativa, la legislativa, la judicial y la función fiscalizadora, que se refiere al control de los actos de esa administración para generar permanente reorganización de unidad.

Señalamos a su vez en el acápite anterior como el Derecho adquirió y otorgó forma tanto a las relaciones sociales que permitieron la conformación del Estado y su desarrollo como también ser expresión del derecho mismo como instrumento y teoría acerca de esa forma. Por ello es que el Estado es conceptualizado como una institución, tanto por su permanencia como por lo que instituye como reglas del juego del sistema.

---

<sup>493</sup> Pacheco G. Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990. Página 632,

Rawls lo expone de manera palatina cuando dice que “por institución entiendo un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc. Estas reglas especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas”<sup>494</sup>. Con ese tipo de ejercicio, aparece claro que toda esa disposición de elementos constitutivos, entre ellos el más propio del Estado, el Derecho, tienen por objeto instaurar, reproducir, mantener y asegurar las reglas del juego establecido desde el mismo órgano de dominación, legitimando y mediando las facticidades sociales.

Hasta aquí lo morfológico y lo político no solo se encuentran, sino que son caras de una misma moneda. Sin embargo parece necesario avanzar otro paso. Al preguntarse por las funciones del derecho, puede apreciarse como existe plena coherencia entre la conceptualización del Estado, del derecho como dispositivo y forma y de las tareas que debe realizar. Esta revisión de tareas es vital a la hora de efectuar primero una crítica y luego bases para una propuesta de derecho no liberal.

Hasta ahora ha existido mayoritariamente una posición hegemónica del derecho de carácter formalista y de razonamiento abstracto, en la cual han confluído tanto racionalistas, iusnaturalistas y positivistas; en el que el funcionamiento del derecho ha estado permanentemente vinculado al orden que lo genera, al Estado como actor que se privilegia a sí mismo como fuente y a su finalidad de control. De ésta manera las funciones que se le atribuyen, en ese ejercicio de abstracción resultan sin embargo imbricadas con los fines del proyecto estatal legal moderno. Y sin embargo no se ha formulado una aproximación que yendo profundamente al carácter político, permita comprender las condiciones de posibilidad de lo jurídico despojado de la camisa de fuerza de la juridicidad estatal moderna. Tal como se abordará más adelante, a mi entender solo las teorías críticas del derecho y del derecho alternativo ha intentado aproximarse a ese nudo problemático, indagando en las posibilidades de una comprensión distinta del punto. Sin embargo, como también intentaremos problematizarlo, su avance se ha limitado no por un déficit interrogativo ni argumentativo, sino a mi entender por falta de voluntad de poder en

---

<sup>494</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995. Página 62.

cuanto a su carácter instituyente. A la manera de los *agujeros de gusano o puentes de Einstein-Rosen*<sup>495</sup>, se requiere plegar el tiempo lineal de la modernidad y constituirse en un momento, o en un proceso para ser más precisos, de formulación de bases epocales similares a las de los padres del pensamiento filosófico y jurídico de la modernidad.

Retomemos entonces la línea argumental de la tarea del derecho estatal y su institucionalización.

Como señala Agustín Squella, “cuando se pregunta por la función de algo, por lo que se pregunta es por la tarea que ese algo cumple, por su aportación, por aquello que realiza según su condición, por lo que hace o ejecuta de manera apropiada a lo que de ese algo se espera”<sup>496</sup>, de manera que se implica una propuesta, un ejercicio, un desarrollo de su gradualidad, una disposición de los elementos en un espacio de condición de posibilidad de ese fin convertido en tarea. Porque es en el espacio de posibilidad donde aloja una opción de cambio y un ejercicio de alternativas al diseño ideológico materializado y naturalizado en el derecho forma que conocemos. Para ello no bastan las enunciaciones generales sobre esa funcionalidad, como lo hace Nino cuando dice que “El derecho cumple la función de evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer ciertos medios para hacer posible la cooperación social”<sup>497</sup>, ni planteamientos abstractos como los de Rawls sobre la justicia contractualista o de Dworkin sobre justicia ideal. Se requiere un análisis político de los dispositivos, un análisis que vincule estructura, finalidad y tareas; que pasa por revisar esas funciones y relacionarlas con la misión monista del Estado moderno y del derecho positivista como su opción de juridicidad.

---

<sup>495</sup> En física, un agujero de gusano, también conocido como un puente de **Einstein-Rosen**, es una hipotética característica topológica del espacio-tiempo, descrita por las ecuaciones de la relatividad general, la cual es esencialmente un “atajo” a través del espacio y el tiempo. Dentro del Universo conocido, conectan una posición de un universo con otra posición del mismo universo (en el mismo tiempo actual o no). Un agujero de gusano debería poder conectar posiciones distantes en el universo por plegamientos espaciotemporales, permitiendo viajar entre ellas en menor tiempo del que tomaría hacer el viaje a través de espacio normal. Para una explicación simple puede verse [http://es.wikipedia.org/wiki/Agujero\\_de\\_gusano](http://es.wikipedia.org/wiki/Agujero_de_gusano) (visita 06 de Octubre del 2008).

<sup>496</sup> Squella Narducci, Agustín. *Introducción al derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Página 510.

<sup>497</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Página 3

Se trata de un análisis postergado normalmente por la práctica del derecho que adquiere importancia si se atiende al argumento dado por Agustín Squella en cuanto a la significación de realizar ese análisis funcional que “mira al derecho tal cual éste actúa de hecho en la sociedad, y proporciona una información adicional sin la cual sólo conoceríamos la respuesta a la pregunta que es el derecho, más no a la que inquiere por la manera como el derecho actúa en la vida social”<sup>498</sup>.

Analicemos las siguientes funciones del derecho que pueden extraerse de una serie de comentaristas de la juridicidad:

La orientación de comportamientos. Que consiste en la dirección de los comportamientos del grupo social a través de las normas, en tanto mensajes y coerciones para influir en ellos. Se presenta según Squella como un medio de control social que actúa conjuntamente con otros mecanismos como la educación, la familia, la moral, la religión, los usos sociales, la ideología, etc., los que procuran “mantener la cohesión del grupo social, evitando los conflictos, de tal manera que el derecho, en cuanto medio de control social, se concentra en la dirección de las conductas allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses”<sup>499</sup>, razón que hace que las normas jurídicas se diferencien de las otras no por ser normas de valoración sino de determinación, lo que las emparenta directamente con el fin de la seguridad jurídica

“Está claro que la prohibición de una conducta, tiene como objetivo lograr la producción de la contraria. Y está claro, que cuando se permite expresamente una conducta, se intenta que la misma sea producida”<sup>500</sup>, indica Oscar Correas, quien desde la sociología jurídica apunta a esta función como una vinculada directamente al problema de la eficacia del derecho, de manera que la seguridad jurídica es en verdad eficacia de quienes buscan una cierta forma de seguridad. Advierte con

---

<sup>498</sup> Squella Narducci, Agustín. *Introducción al derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Página 515.

<sup>499</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 517.

<sup>500</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Página 224.



claridad que “si bien el derecho ofrece diversas posibilidades de actuar, estas no son infinitas. Se reducen las posibilidades que el poderoso quiere permitir, y, con seguridad, ninguna de esas conductas posibles amenaza su poder. Además, ofrecer la posibilidad de varias conductas es lo mismo que prohibir todas las demás”<sup>501</sup>. EL control social es entonces para Correas el control de quien precisamente tiene el control de la sociedad real, no de la entelequia de comportamientos ideales consensuados y neutros.

La sociedad en que el derecho actúa no es un abstracto designado, sino las relaciones sociales que en un contexto y coyuntura se producen, de modo que “una relación social se describe describiendo unas conductas cuya repetición las reproduce”<sup>502</sup>, de manera que la promoción de conductas que el derecho promueve es un intento de mantener y reproducir ciertas relaciones sociales dominantes en la sociedad. Para Correas se trata de la mantención de las relaciones reales, feudales o capitalistas, según la época. “La promoción de conductas es un objetivo inmediato de parte del productor del derecho, pero no es el objetivo final”<sup>503</sup> el cual es, la mantención de las relaciones sociales en que quien produce es el dominante.

De ésta forma, la promoción de conductas que Squella presente como una función de fluidez social, es para Correas una de reproducción social, de reproducción de las relaciones y estructuras de una sociedad concreta, con su modo de producción y modo de apropiación formalizados legalmente.

Elías Díaz por su parte resalta como el derecho no solo reproduce las relaciones sociales, o el estado y su poder, sino que en verdad el objetivo de las normas jurídicas es lograr imponer un orden social, “una organización de los elementos, fuerzas e intereses que componen el agregado o conjunto de individuos y corporaciones que llamamos grupo social”<sup>504</sup>. Es de alguna manera el

---

<sup>501</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 225.

<sup>502</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 226.

<sup>503</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 227.

<sup>504</sup> Díaz, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons. Barcelona. 1998. Página 128.

complemento en otro lugar social de los mismos objetivos producidos respecto del Estado. “Lo que hacen las normas jurídicas, aunque no sólo ellas, es imponer, establecer y hacer respetar una regulación – entre varias posibles en cada momento- de las acciones y comportamientos humanos que tienen que ver con esos intereses y valores”<sup>505</sup>. La relación de hecho adquiere el carácter de situación jurídica.

“Todo Derecho instauro, pues un orden: todo Derecho cumple esa primaria función de organización. Pero ni el ordenamiento jurídico ni la organización social (y política) son los mismo y las mismas, tampoco su funcionalidad (eficacia) y legitimidad (justificación), ya se trate de un sistema democrático o no democrático”<sup>506</sup>. La movilidad de lo social rearticula constantemente también el uso jurídico, y para ello el Derecho como sistema de integración lo que en definitiva procura es la incorporación de las gentes a un modelo de organización y la aceptación de éste. El derecho es así “un sistema de información y, unido a ello, sobre todo un muy importante sistema de seguridad”<sup>507</sup>. Comprensión, adhesión, reproducción del orden que instauro y representa, producción de aseguramiento de ella en tanto en cuanto la repetición de esas formulas y sus adhesiones aporta estabilidad, sentido de certeza, eliminación o reducción de riesgos imprevistos. “La legalidad es siempre preferible a la arbitrariedad”<sup>508</sup>, señala Díaz, por eso la mantención del orden mismo es un mandato interno y externo del estado. En la propuesta democrática que Díaz defiende, se trata de seguridad de orden, pero “seguridad también para derechos, libertades, necesidades, valores que son el contenido del ordenamiento jurídico y las exigencias que derivan... de un Estado social y democrático de derecho”

---

<sup>505</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 129.

<sup>506</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 130.

<sup>507</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 133.

<sup>508</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 135.

La resolución de conflictos<sup>509</sup>. Considera al respecto que la sociedad transita entre los polos de la colaboración y el conflicto, los que no son ni un atributo ni una patología sino solo característica, por lo que los grados de consenso o disensos son variables. Es en esta perspectiva donde cuando el derecho ha agotado su función de orientación social para acercar dicho consenso, opera resolviendo conflictos, estableciendo “normas, procedimientos e instancias que, una vez producido un conflicto, permiten dar a éste un curso regulado que aminore los efectos negativos del conflicto y, sobre todo, lo encauce a algún tipo de solución pacífica que excluya la posibilidad de que el problema suscitado sea resuelto en aplicación de la ley del más fuerte”<sup>510</sup>. Para ello se dispone de instrumental parcelario según la esfera donde se pretenda actuar, desde la labor procedimental que medie los razonamientos de inadecuación contractual hasta la represión penal. El derecho es así no una forma de resolución o arreglos de los mismos sino sólo un determinado tratamiento de éstos: mediación, arbitraje, conciliación y adjudicación.

La función promocional, que se dirige a propiciar comportamientos deseables en que se precisa no solo de castigos sino de premios o recompensas, estableciendo sanciones positivas, donde lo que importa frente al derecho no es la inobservancia de las normas sino su observancia, y que en consecuencia “consiste en una ventaja ofrecida al que observa la norma, aunque la inobservancia de la norma no tiene ninguna consecuencia jurídica”.<sup>511</sup>

La función distributiva, por la cual “el ordenamiento jurídico asigna a los miembros del grupo social, sean estos individuos o grupos, recursos económicos o servicios destinados a mejorar su situación”<sup>512</sup> y que implica el paso del Estado liberal al Estado social de derecho.

---

<sup>509</sup> Al respecto Squella utiliza como concepto del conflicto uno que toma de Vincenzo Ferrari. En su cita “es la interacción en que dos o mas partes, obstaculizándose mutuamente, tratan de ampliar –unas en detrimento de otras. La propia capacidad de decisión, y se produce porque lo común es que cada individuo o grupo desee proteger sus propios intereses y su propia concepción del bien”. Squella Narducci Agustín. Obra citada. Página 518.

<sup>510</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 519.

<sup>511</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 523.

<sup>512</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 524-525.

La organización y legitimación del poder social. Esto operaría, según Squella, mediante la distribución del poder social entre diversas autoridades, a su vez que estableciendo procedimientos a los que estas debieran sujetarse en sus ámbitos de decisiones y competencias. Se trataría de una legitimación por adecuación formal a sus competencias y atribuciones, ya que se consigue transformar el poder en derecho, consiguiendo “que los sujetos miembros de una comunidad jurídica vean en las decisiones del poder no órdenes arbitrarias que se les imponen por medio de la fuerza, sino mandatos que ellos deben obedecer”<sup>513</sup>. Así, si el establecer reglas que hagan que una decisión sea incontrovertible y que haga aparecer como adecuado el uso coactivo si es preciso, el derecho no solo organiza y legitima el poder sino que también lo limita.

Sin embargo, invirtiendo la mirada, ya no desde la cúpula productora del derecho (de un cierto derecho en verdad, el estatal monista), puede apreciarse como el instrumento del aparato estatal se afianza a su vez en un dispositivo de uso. Dentro de los objetivos de gobierno de una sociedad, “el derecho cumple la función de hacer previsibles los discursos y las acciones de los individuos”<sup>514</sup>, lo que permite a unos prever lo que otros harán, planificar sus respuestas y reproducir el poder, no solo legitimarlo. De ésta forma el establecer los límites del ejercicio del poder del Estado, aunque probablemente se trate más bien de deslindes que permiten incontables fisuras y transgresiones articuladas, el derecho colabora, según lo expone Oscar Correas a una verdadera racionalización de la sociedad, de previsión, producción y reproducción de un orden.

La organización del poder y la violencia. Frente a esa legitimación, coherente con la función de mediación de lo social que el Estado cumple, el derecho realiza a su vez la de organizar el poder y la violencia, o al menos una forma de ella. Es “un discurso autorizado que, a su vez, autoriza nuevos discursos”<sup>515</sup> y así organiza su

---

<sup>513</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 526.

<sup>514</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Pagina 231.

<sup>515</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 232.

hacer permanente, es decir que crea un orden y desautoriza otros. “Si hubiera que representar gráficamente éste orden, resultaría una cascada de discursos, que saltan de funcionario en funcionario, de arriba abajo, siendo que los discursos de los puntos inferiores son obediencia, es decir, están autorizados, por los superiores”<sup>516</sup>, de manera que el orden implica jerarquías y en ese juego, señalar que personas ejercerán violencia en caso necesario para reprimir lo que atente contra dicho orden, reprimiendo a los desobedientes.

El derecho plantea y requiere como consecuencia, eficacia. “Si la norma fundante no fuera eficaz, el discurso del poderoso sería un discurso prescriptivo que amenaza con la violencia pero no sería derecho”<sup>517</sup>. Un derecho eficaz requiere de normas efectivas, en ello consiste el ejercicio del poder. Es el juego que presenta también Kelsen en cuanto, así como para la sociología jurídica es una determinación de conductas, para el jurista el establecimiento de una norma superior es la validación de esa facultad de ejercer el poder dictando normas validas, que requieren a su vez eficacia. “La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia”<sup>518</sup> escribe Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*, pero la relación entre esa norma y los hechos sobre los cuales se aplica es la medida de su cumplimiento: “La eficacia de una norma es, pues, su condición de validez”<sup>519</sup>, que radica en su capacidad de imponerse efectivamente, mediante la fuerza de ser preciso.

El Derecho requiere prescripción pero también sanción, discurso pero también eficacia, lo que implica detentar también la herramientas para su aplicación, para hacerlo eficaz. Se trata de una producción completa. “Dicho de otro modo: es más verdadero decir que se tiene el poder por que se produce derecho, que decir que se produce el derecho por que se tiene poder”<sup>520</sup>.

---

<sup>516</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 233.

<sup>517</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 233.

<sup>518</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1991. Página 31.

<sup>519</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 32.

<sup>520</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Pagina 235.

La legitimación del poder social. La prescripción de conductas, los mecanismos de ejercicio, la organización del poder y la violencia pueden ser vistos también como el problema de la legitimación del poder.

Recurriendo una vez más a Correas podemos decir que “El ejercicio del poder no es en sí legal ni ilegal, tiene que haber alguien que, usando una constitución, le dé el sentido de ser legal o ilegal”<sup>521</sup>. De la misma forma puede ser tildado de legítimo o ilegítimo, según el discurso que lo pronuncie. “La legalidad es el producto de un discurso que adjudica a los actos de gobierno –producción de normas y otros discursos-, el carácter de ser coincidentes con los autorizados por el discurso del derecho”<sup>522</sup>, la legitimidad sin embargo requiere mención a esa legalidad pero algo más. Requiere aceptación, de manera que la producción, imposición y aceptación de la norma jurídica es fundamental; se trata de dos discursos entrecruzados no idénticos pero confluyentes. La dimensión de la eficacia del derecho complementa al poder de la validez formal: “cuando aparece esta norma, y es aceptada, el derecho se convierte en legitimador del poder”<sup>523</sup>.

La creación de la función pública. Esa compleja articulación de funciones que se producen mutuamente requiere por lo mismo lugares efectivos y eficientes donde se produzcan. Para ello, el derecho en tanto instrumento y manifestación del estado, “cumple la función de crear la función pública, y permite señalar a los funcionarios”<sup>524</sup>. Correas señala que por un discurso se imputa a la comunidad la ficción del funcionario, que es la representación del Estado. Esto es lo que permite a los juristas calificar el acto de esos individuos de función pública, con lo cual se produce el Estado a su vez.

---

<sup>521</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 235.

<sup>522</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 236.

<sup>523</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 237.

<sup>524</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 237.

Es el habla que se realiza acerca, pero sobre todo en el Estado, en su ejercicio de si mismo lo que se traduce en la práctica en la producción del Estado. Los actos de habla del estado, en que los funcionarios designan órdenes, jerarquías, estructuras, subalternos que obedecen a denominaciones y sus actos formales y les devuelven el ejercicio de esa formalidad legitimada es lo que desde un punto de vista jurídico-discursivo produce ese Estado, sus órganos, sus instituciones. Es el efecto de la imputación a través de la constitución, institución y designación de las instituciones, los funcionarios y sus atribuciones. Se trata de una sacralización de discursos y acciones funcionarias que resultan aceptados por la comunidad de una manera especial<sup>525</sup>. Correa señala que “los discursos y las acciones de los funcionarios son idénticos a los no funcionarios; pero estos últimos no son sagrados, no están revestidos del carácter de los otros, que deben ser obedecidos so pena de sufrir la violencia legítima, que, a su vez, es tal porque es producida por esos mismos individuos sacralizados”<sup>526</sup>. El discurso del derecho produce también el poder y el Estado.

El cuidado del derecho, que es una función impropia ya que correspondería propiamente a los operadores jurídicos, a los que llama *staff jurídico*, de quienes se espera un ejercicio que permita una eficiente realización por el derecho de las demás funciones antes señaladas.

La transformación y el cambio social. Para algunos autores ésta es también una función del derecho, sin embargo no es mayoritaria. Correa por ejemplo señala que “nada obsta a comprender que el derecho pueda cumplir una función *creadora* de nuevas relaciones sociales. Es decir, que el derecho tenga como efecto la *transformación* social, en el sentido de cambio de las relaciones sociales”<sup>527</sup>, y pone como ejemplo lo que se hizo en la Unión Soviética en que, más allá de la discusión

---

<sup>525</sup> Piénsese por ejemplo el como a los Jueces o a los Ministros de Estado o a los parlamentarios, no obstante que son funcionarios públicos designados y financiados por el erario público de la misma forma que cualquier otro funcionario estatal, se revisten a si mismos de una naturaleza especial de superioridad funcionaria, que radica en sus funciones diferenciadas de gobierno mas que de administración, y que los eleva a si mismos por sobre el resto y la comunidad lo acepta de igual manera.

<sup>526</sup> Correa, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Pagina 241.

<sup>527</sup> Correa, Oscar. Op. cit. Página 232.

acerca de qué tipo de sociedad era, se generaron, incluyendo al derecho, relaciones que no eran socialistas. Eso en un sentido progresista, aunque desde un punto de vista que el autor llama destructiva, haciendo mención lo ocurrido con los pueblos indígenas, que “el derecho no cumple solamente funciones de reproducción, sino también de cambio y de destrucción de sociedades”<sup>528</sup>.

Un punto de vista como éste ya había sido sostenido por Pëtr Ivanovic Stucka con posterioridad a la Revolución de Octubre de 1917, cuando sostenía que el derecho es un sistema de relaciones correspondiente a los intereses de la clase dominante bajo la fuerza tutelar de la misma organizada como Estado. La esencia de todas las formas de coerción y persuasión burguesas consiste en ocultar y disimular el carácter clasista del derecho; por esta razón es que la lucha por una nueva sociedad llevará a un nuevo Derecho. El derecho no es inmutable, cambia con la victoria de una clase sobre otra, señalaba Stucka: “La ley es la voluntad del poder estatal de un determinado momento y nada más”<sup>529</sup>, de manera que la construcción de un nuevo orden jurídico sobre nuevas relaciones sociales bajo otro modo de producción también nuevo moldea y ayudar a crear un orden social nuevo.

En un sentido similar pero distinto, el jurista español Elías Díaz señala que el derecho – normas y operadores jurídicos-, además de la función del orden y organización puede también constituir “factores e impulsos muy importantes para la decisiva función de cambio y transformación social. Controlar el cambio, integrar en las sucesivas transformaciones, informar sobre las calves de la transición, dar seguridad ante lo nuevo, influir en ello, son, en efecto, tareas básicas de esa segunda, que no secundaria función”<sup>530</sup>. Sin embargo en Díaz no tiene la misma significación de transformación que en Stucka en tanto que entiende por cambio “la transformación o evolución progresiva hacia una mayor liberación real, considerando

---

<sup>528</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 232.

<sup>529</sup> Stucka, Pëtr Ivanovic. *La función revolucionaria del derecho y del Estado*. Ediciones Península. Barcelona. 1969. Página 267.

<sup>530</sup> Díaz, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons. Barcelona. 1998. Página 136.



lo contrario como formas no en todo caso idénticas de regresión e involución”<sup>531</sup>, considerando además que el cambio es parte de toda organización.

En éste sentido “el derecho es y puede y debe ser, por de pronto un mecanismo capaz de evolucionar de acuerdo con esos cambios producidos quizás desde otras instancias, y después, también si incluso el mismo puede ser activo propulsor y generador, como vengo planteando, de transformaciones sociales y hasta eficaces prácticas de emancipación y liberación”<sup>532</sup>: leyes y aplicadores deben ser capaces de seguir y adecuarse a esas transformaciones. Reconoce sin embargo que la función empírica preferente ha sido la de dominación y conservación, incluso opresión y regresión, a pesar que deben rescatarse los otros intentos. El Derecho ha servido así más bien como un obstáculo al cambio social, reconociendo y consolidando valores. El carácter conservador del derecho incluye una pretensión de neutralidad, la elaboración de conceptos que quieren presentarse como neutros y una ciencia jurídica que lo transmite en ese mismo sentido. En esa dualidad de opciones es necesario “recuperar y potenciar esas posibilidades de influencia positiva, de producción de efectos sociales a favor del binomio libertad-igualdad logrados”<sup>533</sup>, para lo cual el sistema democrático constituye el marco de esa acción, a pesar de todas las resistencias.

En esa misma línea, debe recordarse la importancia del trabajo de Eduardo Novoa Monreal, jurista chileno a quien, sin embargo, se le ha pretendido recordar más bien por sus trabajos disciplinares en el derecho penal, quien trabajó el mismo punto, publicando incluso, entre su numerosa bibliografía, un libro con el nombre de *El derecho como obstáculo al cambio social*<sup>534</sup>. Especialmente en este trabajo, Novoa se refiere a una doble contradicción que se aloja al interior del derecho, especialmente de los sistemas jurídicos latinoamericanos; por un lado la existencia de una legislación tradicional que resulta esencialmente patrimonialistas, por otra

---

<sup>531</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 137.

<sup>532</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 138.

<sup>533</sup> Díaz, Elías. Op. cit. Página 142.

<sup>534</sup> Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI Editores. México. 1989.

una serie de legislación social no sistematizada, produciéndose una enmarañada red sobre poblada de normas que, por lo mismo, obsta a su eficacia. En esa legalidad contrariamente a provocar participación de los sujetos sociales provocó un efecto inverso, el de aumentar la profesionalización. Si a eso se suma la falta de concordancia entre esta legislación “nueva” con el espíritu tradicional de la legislación formadora de los abogados, el carácter tradicionalista de estos, una ciencia jurídica construida sobre conceptos que han perdido su vigencia, que la ley sigue representando los intereses que los legisladores representan, que el aparato del derecho se vuelve de actuar lento, se vuelve un obstáculo al cambio.

Para superar ese estado Novoa señala que ya el paso de un Estado liberal a uno de bienestar debiera significar una crítica profunda de la utopía liberal de la autonomía privada. En esa línea se requiere pensar al derecho como un derecho de solidaridad que debiera girar en torno a dos polos: a) la primacía del interés general por sobre el particular o privado; y b) el desarrollo de deberes sociales frente al excesivo desarrollo de los derechos individuales. Este derecho de solidaridad afecta a todos los órdenes jurídicos. Si bien es cierto que el derecho no puede por sí solo determinar un cambio profundo, puede prestar cierta colaboración dentro de un proceso de participación popular. La cuestión entonces no es solo la existencia de reformas legales sino como se van a aplicar, allí radica también el obstáculo al cambio social. En esta línea que se traza sobre la aplicación del derecho desde una perspectiva no conservadora es donde Novoa trabajó durante el gobierno de la Unidad Popular de Salvador Allende en la línea de lo que se conoció como *los resquicios legales*, que consistió en encontrar aquellos fragmentos de leyes sociales que pudiesen aplicarse en una perspectiva de solidaridad y que sirvieron, por ejemplo, para la intervención de empresas que pasaron a formar parte del área social de la producción. El derecho era un buen colaborador de los procesos de participación popular<sup>535</sup>.

---

<sup>535</sup> Sobre el punto puede leerse del autor el libro de Novoa Monreal, Eduardo. *¿Vía Legal Hacia el Socialismo?. El Caso de Chile, 1970 - 1973*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 1978, y para un resumen de lo obrado por el gobierno de la Unidad Popular puede verse el siguiente link: [http://www.elclarin.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4023&Itemid=720](http://www.elclarin.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=4023&Itemid=720) (visitado 11 Octubre 2008)

También en Chile, Máximo Pacheco, autor que ya hemos citado en éste trabajo y que posee un texto que ha sido por muchos años usado como texto guía de estudios de pre grado de derecho, hace un tratamiento desde una especie de neutralidad teórica que sin embargo habla por sí misma. Señala, desde una perspectiva que se acerca al funcionalismo, que “El cambio es una característica de la sociedad humana. El cambio social es tan normal como el orden social”<sup>536</sup>, que los hombres solo cambian su comportamiento cuando las viejas formas parecen insatisfactorias, elaborando proyectos que los redefinan. Para éste autor, el cambio social “se manifiesta fundamentalmente, en modificaciones graduales y progresivas de la estructura social”<sup>537</sup> con las excepciones de la guerra y las revoluciones. Por ello el cambio requiere un análisis de las sociabilidades en juego y de las grandes categorías del cambio social. “Un cambio social puede ser impuesto en los primeros momentos por la fuera, pero para funcionar y ser eficaz en un periodo más o menos prolongado requiere la aceptación de las personas y la posterior modificación de sus características de sociabilidad”<sup>538</sup> señala Pacheco. En ese cambio progresivo tiene un lugar el derecho.

Frente al problema de los cambios sociales adquiriría importancia el problema de los valores del derecho, junto con el de las normas y las conductas. En esa perspectiva la seguridad que brinda el derecho es una cuestión de máxima importancia, aunque no sea su fin supremo. “La demanda de reformas en el Derecho tiene, como fundamento inmediato, una situación del valor justicia; pero tal situación se encuentra, a su vez, condicionada por la presencia de la realidad político-social cuyos datos suponen una alteración respecto de aquella otra a partir de la cual se estableció el ordenamiento jurídico impugnado”<sup>539</sup>. Así, en cuanto al cambio y el derecho debiera distinguirse en cuanto al cambio en el derecho y el cambio a través del derecho, correspondiendo esto último a la función de planificación del cambio social que para su modificación de estructuras requiere con una decisión de

---

<sup>536</sup> Pacheco G. Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990. Página 516.

<sup>537</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 517.

<sup>538</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 519.

<sup>539</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 526.

gobierno “efectuar las modificaciones legales que permitan las reformas y la creación del nuevo Derecho que las institucionalice”<sup>540</sup>. En este caso la función del Derecho es decisiva como herramienta que oriente y facilite dicho cambio social”. En el cambio de la legalidad el papel de los juristas es fundamental, lo que requiere, para dejar de ser ese conservador del orden, “una cultura jurídica válida y una clara concepción del significado del Derecho en una sociedad histórica.”, ser capaz de captar las necesidades sociales y contribuir a revitalizar el derecho.

Otra cuestión distinta es para Pacheco la mutación del derecho frente a la revolución en que cambia la sociedad toda. Toda revolución es un hecho ilícito, o mejor antilegal si se quiere; es negación y creación del derecho, ya que se trata de una sustitución del Estado y su derecho positivo y si es reacción frente a una situación indigna es portadora del valor justicia. Por ello es que la revolución que es tal y no mera revuelta o sedición es a su vez organización, lo que lo lleva a decir que una revolución es violencia jurídicamente organizada. Frente al derecho constitucional y al derecho internacional, es entonces la revolución triunfante el acto creador de derecho que sustituye al del antiguo orden. Frente a esa posibilidad de *hacer saltar el estado* y con ello destruir el orden, Pacheco toma opción por las posiciones comunitaristas, en que la revolución no consiste en obtener el control del Estado por otra clase como lo plantea el marxismo, sino que debe hacerse con métodos absolutamente democráticos – no indica cuales – y sin caer en la violencia que deshumaniza: “La democracia no viene a ser para nosotros solo una alienación burguesa, es también un instrumento para vencer a la burguesía”<sup>541</sup>.

Analicemos brevemente entonces, en cuanto a las funciones del derecho, que puede entenderse y esperarse de esto, dentro de un modelo monista de derecho estatal para estas funciones.

Hemos descrito hasta acá lo que señalan una serie de autores representativos de los estudios jurídicos respecto de las funciones del Derecho. Se presenta cierta diversidad en cuanto al tratamiento de cada punto, y sin embargo en todos ellos,

---

<sup>540</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 540.

<sup>541</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 594.

incluyendo a quienes como Correas o Novoa adoptan una posición de cambio social decididamente contra capitalista, el modo y lugar desde el que analizan el derecho dice relación con el Estado. Existe una más que marcada línea de continuidad entre las funciones que se atreven al Derecho y las funciones del Estado, lo que contrariamente a ser criticable resulta extremadamente importante de señalar, toda vez que la cultura jurídica que ha formado el debate del derecho tiene, durante la modernidad, precisamente ese signo, el de un Derecho proveniente y legitimado desde el Estado como el actor signo único, marcadamente hegemónico respecto de la juridicidad, opacando las prácticas no estatales de regulación.

En ese sentido, parece natural que se atribuya al derecho la tarea de definir comportamientos toda vez que, como vimos, la función de soberanía y gobierno del Estado como ente de dominación requiere su propio tipo de súbditos, ciudadanos que transiten dentro de los parámetros que para los intereses que ese estado necesita moldear. Como lo ha señalado Michel Foucault una característica del liberalismo y del arte liberal de gobierno consiste en, frente al discurso de las libertades que le permitieron separarse del orden medieval totalitario, el desarrollar una serie de técnicas de coerción, coacción y control que constituyan un contrapeso contra la libertad absoluta de los ciudadanos: “esas famosas grandes técnicas disciplinarias que se hacen cargo del comportamiento de los individuos diariamente y hasta en el más fino de los detalles son exactamente contemporáneas, en su desarrollo, en su explosión, en su diseminación a través de la sociedad de la era de las libertades. Libertad económica, liberalismo en el sentido que acabo de decir y técnicas disciplinarias: también aquí las cosas están perfectamente ligadas”<sup>542</sup>. Precisamente el desarrollo conjunto de un modo de producción, su proceso cultural y el tipo de derecho que con ello trae ha operado de ésta forma, el establecer una completa trama de orden, que la noción de ordenamiento piramidal acorde que finalmente el positivismo jurídico va a venir a sistematizar permite acumular reglas afines que se extienden –en tanto se les denomine formalmente de alguna forma – hasta el infinito de la regulación humana. Los juristas sabemos que la vulgarización del derecho no ya por los legos sino por los letrados de esta disciplina, trae consigo

---

<sup>542</sup> Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Fondo de cultura económica Argentina S.A. Buenos Aires. 2007. Páginas 87-88.

una tentación de regular hasta lo mínimo que la teoría del derecho ha debido permanentemente contrapesar reafirmando el carácter general de las normas jurídicas por sobre otro tipo de normas.

La cuestión sin embargo radica en cómo se presenta ese proceso, por que pareciera que el Derecho adquiriese una cierta independencia de la función estatal al definir ese comportamiento, como si el orden y el bien común que se definen para la sociedad fueran independientes de los fines del estado y quienes en y desde él controlan. Pero no lo son. Es la mediación que ejerce el derecho la que presenta paneles de separación entre los distintos momentos de éste mismo acto de gobierno la que parece diferenciarlos, sin embargo toda reglamentación, toda regulación que el derecho hace para cumplir sus fines establece no solo un cumplimiento de esos fines del estado, sino que también un cumplimiento los valores que se esconden detrás de esa regulación. Cuando Elías Díaz o Pacheco señalan que el cumplimiento de la función del derecho se verifica dentro de un esquema de democracia, lo que dicen claramente es una estructuración del derecho y de la política bajo los valores que cada uno de ellos representa. No hay que olvidar entonces ese detalle de regulación que representa los valores concretos de quienes elaboran el dispositivo destinado a regular a otros también concretos.

Recordemos que esa reglamentación, ese completo trabajo de dirección que el derecho ejecuta busca establecer un escenario, una plataforma que permita el desarrollo de un modo de producción social que se estima adecuado. Recordemos también que profundamente imbricado con ésta función se ha desarrollado la noción de seguridad jurídica, ya se trate de la certeza de la inmovilidad de lo que se posee, de las reglas del juego para el desarrollo económico o de la seguridad asistencial del estado de bienestar que permita las buenas condiciones de la masa trabajadora. La pregunta que uno debiera hacerse al respecto es precisamente esa, ¿Qué seguridad, para que, para quien? Porque esas preguntas no pueden dejar de hacerse si se entiende al derecho no solo como instrumento sino también como tarea y por lo tanto fin, aunque no se exprese así. El derecho tiene no solo reguladores y generadores de esa reglamentación, sino sobre todo destinatarios, afectados por su propia condición de seguridad/inseguridad que determina sus

propios comportamientos, y la solución, contención o insatisfacción de sus necesidades.

La claridad sobre el punto es necesaria, de manera que la función de mediación del derecho no acabe también mediando nuestra mirada sobre la realidad material a la que accede. La promoción de un orden y de las conductas acordes con él, aun cuando se trate de *conductas democráticas* que establezcan cierta igualdad procesal, no aseguran por sí mismas la redistribución del poder social y mucho menos la redistribución de los bienes que permiten la satisfacción de las necesidades básicas aun cuando se cuente con una red que favorezca ese acceso. Sin bienes materiales y redes afines no hay seguridad social efectiva, la burocracia del estado puede en ese sentido convertirse más en un obstáculo no ya al cambio sino a la vida diaria de los sujetos sociales. A esta altura sabemos además que incluso un papel más activo del Estado no implica mayor democratización del poder social si se ejecuta concentrando las decisiones en aquellos sujetos que poseen mayores índices de formalidad en sí mismos: Estado, Corporaciones, grupos de intereses. El monopolio estatal del derecho tiende a esa centralización y su excesiva concentración, junto a la concentración del capital formal y del financiero constantemente cumplen la función del orden y las conductas en un marco de seguridad para estas definiciones desde arriba, pero no para las necesidades de los sujetos de la base de esa pirámide triplemente jerárquica de la juridicidad estatal, de la concentración económica y de las diferencias sociales que estas producen.

Me temo que toda esa trama argumentativa de funciones ideales, que pretenden hacer análisis de las funciones del derecho sin la doble mención ni al tipo de estado concreto ni a la realidad material de la sociedad con que se relacionan, provoca un vacío de reflexión precisamente a nivel de la operacionalidad del derecho. Frente a la idea hobbsiana de control total, esta otra versión del control social de corte idealista, basada en nociones que se refieren a las tareas sin atender al sentido de su finalidad, no considera la organización de fuerzas previas ya existentes y por lo mismo deja entregada al mismo nivel de abstracción que la ley tiene como posibilidad de operar el establecer otras finalidades secundarias más que alternativas a las tradicionales del estado y su instrumentalidad normativa. Con ello vuelve a operar la cultura jurídica dominante que tiende a la reducción de la

juridicidad a legalidad y con ello la operacionalidad del derecho a la jurisdicción, la administración y la policía. En un orden en que las funciones tienden todas a cuidar del entorno en que se desarrollo ese orden jurídico, se reproduce permanentemente la lógica premio castigo en el derecho y toda disonancia es considerada no solo disensión sino desviación; y ya sabemos que en materia de desviación del orden se reasume dicha diferenciación como actos desviados o marginales, con ellos habitualmente se ha querido referir a actos minoritarios, patológicos, realizados al margen de la normalidad que, por tanto, deben ser erradicados del contexto social<sup>543</sup>.

Hasta ahora el Estado y el Derecho como su instrumento, aparato y dispositivo, han cumplido ciertamente una función distributiva en la sociedad, de aseguramiento de proporcionalidades de acceso a los bienes sociales que desde el dispositivo central pueden asignarse, en una sociedad en que el grueso de su despliegue queda entregado a la iniciativa privada y no al espacio público. Pero nuevamente no puede hacerse éste análisis en abstracto, sin contener en él un análisis del contexto económico, social y político en que dicha tarea se ha desarrollado. Como lo expresaba por ejemplo Novoa o lo propone Elías Díaz, la aplicación de un modelo de Estado de Derecho que sea un estado social de derechos que contemple prestaciones de seguridad social intenta garantizar, a diferencia del estado de derecho del *laissez faire*, a los miembros del grupo social, individuos o grupos, recursos económicos o servicios destinados a mejorar su situación. Pero una mirada profunda de éste fenómeno nos revela su fragilidad en tanto un dispositivo siempre cupular y sujeto a la voluntad de quienes dirigen desde las instituciones y el aparato del Estado.

Más que una función del derecho distinta, en las sociedades capitalistas reales, con conflictos de concurrencia a los bienes, el construir un espacio dentro del orden de dominación para la seguridad social, parece ser no ya una función propia sino una representación de la función de resolución de conflictos que adopta simplemente una estrategia distinta a las de policía y jurisdicción. Sabemos también

---

<sup>543</sup> Al respecto puede verse: Fariñas Dulce, María José, *La marginación y la desviación*. En *El Desarrollo Y Las Aplicaciones De La Sociología Jurídica En España*. Oñati I.I.S.L. Oñati. 1995.



que toda estrategia nunca es completamente uniforme y que ciertamente en beneficio de la comunidad frente al mercado, siempre la intervención del estado constituye al menos una protección frente a la indefensión de la economía. El paso del Estado liberal al Estado social de derecho ha sido fuertemente discutido por el neoliberalismo que ha vuelto a privilegiar el control puro y duro de las relaciones sociales. No debe olvidarse en consecuencia la fragilidad de una función que no se armoniza con las otras que, en un derecho centrado en la producción estatal, queda subsumida en el orden.

Estos discursos abstractos parecen por momentos olvidar que el Estado y el Derecho son en verdad una realidad concreta y operante en un contexto social, cultural y productivo que los convierten en algo más que en un discurso articulado, sino que se insertan dentro de una compleja estrategia que finalmente mantiene la lógica de expropiación de la soberanía jurídica de las comunidades hacia grupos que dominan la sociedad en la medida que controlan las instituciones, los aparatos, los dispositivos y las máquinas de producción donde se ejerce el poder real, y que en tanto encubren esa expropiación de soberanía de la comunidad con los procesos de mediación jurídica que son a su vez procesos disciplinarios, mantienen al derecho como una reivindicación o una promesa, pero en constante peligro de ser excluidos los derechos de las prioridades del orden, en aras de mantener todo en funcionamiento. La lógica del progresismo que mira al cambio como parte del sistema sigue privilegiando la acción por arriba de las sociedades, ubicado como un discurso abstracto que nunca logra dar cuenta cabal de las sociedades concretas en su análisis conceptual no material. Se abre aquí una pregunta indispensable de hacerse al momento de pedir a los operadores jurídicos atención por las funciones benévolas del Estado: el pensamiento jurídico ¿con que mirada y con qué instrumentos capta la realidad?

Avancemos un paso más en la descripción del fenómeno jurídico que nos permita posteriormente entender cómo se puede abrir el debate a otra comprensión de lo jurídico más allá de las instituciones, la formalidad y la subsunción como técnicas que preceden a la normalización de sus componentes.

Toda esa funcionalidad del derecho acorde a las funciones del Estado moderno, es plenamente concordante con una teoría de la producción de un derecho monista que se centra en el Estado como única fuente de legitimación. Revisar la cuestión de las fuentes es también una necesidad para entender y deconstruir la cultura jurídica moderna.

Desde el punto de vista de la Teoría del Derecho el problema de las fuentes se centra en la descripción de éstas, en su uso de concurrencia y jerarquización entre las diversas fuentes dentro de cada ordenamiento jurídico, explicitando su incidencia en las decisiones y los campos de obligatoriedad de cada una de ellas. Si se revisa la literatura, con excepción de aquella que se refiere a la sociología jurídica o a un análisis desde la ciencia política, la información al respecto pasa rápidamente de las fuentes materiales a las formales del derecho, reproduciendo ese ciclo. En las teorías jurídicas lo habitual es precisamente aquello, que toda reflexión acerca de las fuentes reconduzca a la prevalencia del orden estatal como origen y fundamento de todo derecho válido.

Elías Díaz por ejemplo, en una postura dispuesta a aceptar cierto pluralismo jurídico, deja de manifiesto esto que vengo diciendo cuando señala que

“el Derecho, el ordenamiento jurídico está también compuesto por más o menos viejas normas consuetudinarias (excluida como hoy se sabe, la “costumbre contra ley”), por nuevos usos muy eficaces por ejemplo en el tráfico mercantil, por la capacidad autor regulativa en estatutos y reglamentos de las diferentes corporaciones y asociaciones y, de manera muy básica y fundamental, por el amplio pero acotado campo de actuación de la autonomía de la voluntad individual (negocios jurídicos, contratos, testamentos, etc.). Todo aquellos, no obstante, se enmarca y debe enmarcarse desde la primacía –incluso para las leyes pactadas – del que podemos designar más estrictamente como Derecho estatal<sup>544</sup>”.

Como sabemos, la expresión fuente del derecho tiene algo de metafórico y de polisémico. Puede con ello señalarse ya sea el origen fáctico del derecho, la fuente de conocimiento del derecho, el origen organizacional u orgánico del derecho, a su fundamento de validez. Estas dos acepciones, las de la autoridad de las que emana

---

<sup>544</sup> Díaz, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons. Barcelona, 1998. Página 86.

y su validez son aquello a que se remite el derecho formal que ha resultado hegemónico en la modernidad. Estas adquieren clara primacía sobre las fuentes materiales. Mientras que por estas últimas se entiende son “los factores de muy diversa índole –político, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos etc.- que, presentes en una sociedad dada en un determinado momento, y en dinámica y recíproca interacción de unos con otros, influyen de manera decisiva, o a lo menos importante, en el hecho de la producción de las formas jurídicas del respectivo ordenamiento y en el contenido de que estas normas resultan provistas”<sup>545</sup>, por fuentes formales se entienden “los distintos procedimientos de creación de normar jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes normativos donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que se encuentren calificados para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellas creados”<sup>546</sup>.

Las fuentes materiales no sólo se presentan como difusas, sino que se les señala en un campo de exterioridad jurídica, como si fuesen factores externos que influyen en la producción de las normas jurídicas, hechos externos, decisiones de terceros que no son parte del circuito de producción del derecho, o que si lo son reciben esta influencia como si no les influenciara directamente sino que fuese una externalidad a la que el derecho debe responder. Así, si se trata de actos de incidencia política y cultural, se habla de *fuerzas modeladoras del derecho* para aquellas fuerzas políticas, psicológicas, económicas y factores nacionales y raciales. Es de alguna manera una alusión a la conversión del poder en derecho, como si fuesen actos o momentos distintos y no co-construcciones de un mismo acto de ejercicio de poder mediante un aparato que lo produce y reproduce en un juego de auto y heteropoiésis. SE trata de una posición que se mantiene en el absoluto plano del pensamiento idealista, que estima que los procesos de pensamiento fragmentados lógicamente para su exposición, se reproducen de la misma forma en la sociedad, en que las relaciones acaban subsumiéndose en esas definiciones

---

<sup>545</sup> Squella Narducci, Agustín. *Introducción al derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. Página 208.

<sup>546</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 215-216.

conceptuales. Estas que deberían ser de hecho la principal fuente de estudio del fenómeno jurídico si se quiere atender a su ejercicio social y político, adquiere en el plano de la teoría del derecho el mismo lugar y función que el derecho estatal respecto de los conflictos y la vida de la comunidad, un acto político procesal de mediación de la sociedad frente al poder soberano estatal que la domina. En la teoría del derecho, al posponerse el lugar de las fuentes materiales tanto en importancia como en una perspectiva, se encubre y mediatiza la verdadera lucha de poder y control que constituye todo el ejercicio jurídico.

Las fuentes formales en cambio son elaboradas ya desde la definición de éstas como una expresión mucho menos *coloquial* y más propiamente jurídicas, como si se dijese *sí, efectivamente, esto sí que es hablar de derecho*. Se habla ya de procedimientos, modos, instituciones, continentes donde ordenarlas y clasificarlas, reproduciendo el criterio cientificista de taxonomizar y clasificar. Por otro lado, su producción goza no solo de formalidad sino además de legitimidad formal, es decir mediación institucionalizada, de manera que lo que estas producen al estar así autorizado se incorpora al ordenamiento jurídico, pasan a integrarse a las normas creadas en los distintos órganos jurídicos. Y sabemos que todo ordenamiento jurídico dota a ciertos sujetos de capacidad para producir normas, instituye a ciertos actos específicos como jurídicos, establece procedimientos para su formación y una cierta forma de comunicación y aplicación – ejecución e imperio – de estas formas jurídicas validadas. El siguiente párrafo de Squella lo expone claramente:

*“Tras los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas hay alguien autorizado para producirlas, y ese alguien es a veces un órgano colegiado (el Congreso Nacional en el caso de la ley), una autoridad unipersonal (el Presidente de la República en el caso de los decretos supremos), una fuerza social (la comunidad jurídica respectiva en el caso de la costumbre) o uno o más sujetos de derecho (como en el caso de los actos jurídicos y contratos). Sin embargo, el lenguaje a este respecto podría ser uniformado, y, salvo el caso de la fuerza social que actúa como productora de las normas de derecho consuetudinario, todos quienes producen y aplican derecho podrían ser llamados órganos jurídicos”<sup>547</sup>.*

---

<sup>547</sup> Squella Narducci, Agustín. Op. cit. Página 216.

Si se observa con detalle el punto, puede apreciarse con toda claridad que de lo que se trata es de estar en presencia del mismo proceso cultural moderno de la estatalización de la verdad y la exclusión de la comunidad de la soberanía. La cultura jurídica moderna consiste precisamente en eso, en la concentración de la densidad soberana y jurídica en el Estado como gran legitimador o sancionador de las prácticas sociales, entre ellas, el Derecho. Y si como ya sabemos existe una relación profunda entre el Estado y el capitalismo como modo de producción hegemónico moderno, es posible captar en toda su dimensión el por qué la centralidad de la ley y de su producción monista: “Las leyes son emanación del Estado y como éste en la sociedad capitalista no es más que el *instrumento de dominación política y económica* de quienes ejercen el poder, se comprende, entonces, como ellas no pueden menos que reflejar sus intereses y de estar *dispuestas de tal manera* que siempre sirven para la *consolidación* y defensa de su poderío”<sup>548</sup>.

Se trata de un proceso que se encontraba presente y subsumido bajo la idea derivada de la Revolución Francesa en que el Estado debía ser el único ente político y por ende jurídico. Sin embargo, pese a que como señala Bobbio la idea de un Estado monista absoluto había recibido durante el siglo XIX ataques desde por lo menos tres ideas distintas, “por el socialismo, primero utópico y luego libertario (Proudhon); por el liberalismo, que había descubierto el asociacionismo de la joven democracia americana (Tocqueville), y por el cristianismo social (que se había movido en torno a las encíclicas sociales de León XIII)”<sup>549</sup> la idea monista seguía siendo poderosa en cuanto a la forma de organización del Estado y su función jurídica, tanto que quienes lo analizaban (Santi Romano por ejemplo) pensaban más bien en que un pluralismo limitado debía completar las falencias y lagunas que el diseño del Estado original presentaba, pero siempre sometido a la idea fuerza del monismo, de manera que se podía considerar una mejor articulación entre individuos y Estado, pero siempre “considerando al Estado como un momento final y necesario

---

<sup>548</sup> Ramírez Z. Bernardo. *La igualdad ante la ley en la sociedad capitalista*. En Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Volumen 39, Número 97-98. Antioquia. 1994. Página 232.

<sup>549</sup> Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid. 1990. Página 165.

de la sociedad organizada”<sup>550</sup>. Se trata de un pluralismo moderado que sigue poniendo en el lugar central de la juridicidad el poder del Estado, cultura hegemónica y predominante que se manifiesta en la centrífuga función de ser el Estado el único generador de legislación válida<sup>551</sup>, y de monopolio de creación de derecho a través de los representantes habilitados y que ha servido incluso para negar a los jueces todo poder creacionista de derecho.

Sin embargo, no puede olvidarse que esa pretensión no es en verdad un estado natural de la juridicidad sino un proyecto político. Como lo advierte Edgar Ardila, “La unicidad del derecho no es un punto de partida sino la resultante de la interacción prolongada en el tiempo de una doble tendencia de inclusión y exclusión. De inclusión porque implica selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo partes de los sistemas jurídicos socialmente producidos que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa”<sup>552</sup>, en tanto que las no seleccionadas ni organizadas quedan fuera, sin status legal y por lo tanto abiertas a las fuerzas sociales y estatales que las afectan sin permitirles validación sino exponiéndolas a la coacción de la organización dominante.

Esto quiere decir claramente que el problema de las fuentes del derecho es también, aunque de manera elíptica, la propuesta de una ideología y un proyecto concreto de Estado gendarme, asociado a una pluralidad privada admitida en tanto no rompa el modo de producción que se debe privilegiar y proteger. La centralidad del poder jurídico estatal, la selección de las fuentes que admitidas por la fuente madre tendrán carácter obligatorio, ingresarán a la ratio prescriptiva, coaccionadora y ordenadora del derecho-ley es una cuestión de privilegio y opción, no de características per se de la fuente del derecho como lugar de regulación y obligación de las relaciones sociales. Se ha pretendido así que también las fuentes del derecho

---

<sup>550</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit. Página 166.

<sup>551</sup> En consonancia con esto es que el Código Civil chileno en su artículo segundo señala “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

<sup>552</sup> Ardila Amaya, Edgar. *Pluralismo Jurídico, apuntes para el debate*. En *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. ILSA. Bogotá. 2002. Página 51.

se organicen por su proximidad a la esfera de la estatalidad, y no por los objetivos de emanación y función de una forma de regulación de esas relaciones. Como señalaban Arnaud y Fariñas<sup>553</sup>, en verdad debiese analizarse el punto por los cuatro elementos configurativos más que por el mandato ideológico coactivo del Estado como única fuente de legitimación: a) Legitimidad de la autoridad que produce el derecho, b) carácter superior, cierto y válido de las normas establecidas, c) obligatoriedad y d) sanción legítima, son en verdad, criterios mucho más ciertos y científicos que la sola afirmación del monismo jurídico estatal de la modernidad construida por los liberales y reafirmado por los pensamientos centralistas, marxismo incluido.

Desde ésta perspectiva y bajo esos criterios, no resulta enteramente correcto afirmar que el Estado sea el único productor de derecho. Si se analizan otras formaciones sociales, tanto autorizadas como prohibidas o desplazadas, podrá apreciarse que esos mismos requisitos o características concurren en ellos. Es ya ampliamente conocido, por ejemplo, el trabajo de Boaventura de Sousa Santos en su libro *Estado, Derecho y Luchas Sociales*<sup>554</sup> respecto de las formas de organización jurídica de la comunidad de Recife, Brasil, que él denomina Passargada, en que es posible apreciar la concurrencia de las mismas condiciones de validez y legitimidad que los autores mencionados, pero que además en su descripción queda determinado un derecho con esas pero con otras características que lo hacen mucho más amplio. En ese derecho comunitario que describe es posible apreciar como la comunidad, a través de su organización comunitaria, mediante la asociación de moradores, se asumieron funciones que organizan la vida jurídica comunitaria, como por ejemplo intervenir en las relaciones de vecinos. Allí, según describe De Sousa Santos, se producen entre los vecinos una serie de relaciones sociales que abarcan terrenos y relaciones de propiedad, posesión y uso sobre la tierra que acaban influyendo la vida de toda la comunidad. “La asociación de moradores se transformó así, gradualmente, en un forum jurídico, alrededor del

---

<sup>553</sup> Arnaud, André y Fariñas, María José. *Sistemas jurídicos; elementos para un análisis sociológico*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 1996.

<sup>554</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. ILSA. Bogotá. 1991.

cual se fueron desarrollando una práctica y un discurso jurídicos – el derecho de Passargada”<sup>555</sup>.

Se resume allí una forma de funcionar, consistente en procedimientos en que los vecinos exponen al presidente del consejo de moradores sus propósitos, quién elabora un verdadero contrato entre las partes que va a regular sus relaciones, y que en cierto tipo de ellos se recurre a formulas de rutina al igual que en los que son dictados bajo la norma estatal y que “después de mecanografiado, se lee el documento delante de los presentes y es firmado por las partes (después de haber manifestado su acuerdo con lo establecido y por dos testigos”<sup>556</sup>. También se describen el proceso de resolución de conflictos en que se fijan jurisdicciones y mediante un sistema de invitaciones se acepta que sujetos designados por la asociación efectúen una discusión del problema que dirige el presidente que, al final, emite un fallo o decisión. Así, la “prevención de los conflictos y la resolución de los mismos, constituyen los dos polos de la práctica jurídica centrada en la asociación de moradores y, en general, en el derecho de Passargada”<sup>557</sup>.

Es cierto que existe una diferencia de retórica, de organización, sujetos y órganos con el derecho del Estado, pero no puede dudarse que se trata de una formación dotada de juridicidad. En tanto la asociación de moradores y sus dirigentes cuentan con aceptación de los vecinos para intervenir y se les confía ese espacio de cotidianeidad es evidente que sus decisiones gozan de legitimidad en la producción de resoluciones de menor densidad normativa pero jurídica; que al estar establecidas formulas ya conocidas aunque sea por aproximación y no reproducción positiva, cuentan con validez, que se hacen obligatorias ante una sanción social, la que se aplica si no se respetan esos acuerdos u opiniones. Los requisitos mencionados se cumplen en un modo particular, pero se cumplen, con una similitud a la que uno podría encontrar en instituciones de culturas nacionales diversas. A diferencia de los procesos burocráticos en que se centra la tensión en el cumplimiento de pasos, en el derecho de los moradores “la estructura del proceso se

---

<sup>555</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. Página 30.

<sup>556</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. Página 31.

<sup>557</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. Página 32.



condensa en la conclusión, la decisión tiende a asumir la forma de mediación”<sup>558</sup>, pero no cabe duda que forma legitimidad, validez y eficacia, de manera que se trata de una formación jurídica. Pero a diferencia del derecho estatal en que la norma fija y predetermina el campo de extensión de la discusión, este derecho que presenta De Sousa Santos presenta una superioridad manifiesta en cuanto a su objeto, ya que éste “no se fija de una sola vez al comienzo del proceso. La presentación que de él hacen las partes es únicamente el punto de partida para la intervención constitutiva del presidente, que tanto puede ir en sentido de la delimitación como en el de la ampliación de la propuesta inicial”<sup>559</sup>. Se trata entonces de una juridicidad mucho más flexible en sus posibilidades de reconstrucción pero igualmente eficaz y eficiente en sus funciones y fines. Agreguemos igualmente que la protección se centra más en las relaciones que en las cosas, muta el objeto y la causa de la relación jurídica, pero ésta igual se presenta.

Señalemos adicionalmente que De Sousa elabora una tipología para éste derecho que es posible elaborar, replicar en el análisis tanto sobre las formas comunitarias como sobre las formas jurídico-estatales para demostrar juridicidad. Se trata de los siguientes siete puntos<sup>560</sup>:

1. Recursos tópico-retóricos, que en el derecho estatal se centran en la ley como argumento de verdad, en cambio acá se amplía el campo argumental a una finalidad y funcionalidad centrada en la producción de relaciones.
2. Modelo decisorio: mediación versus adjudicatio. Maximizando la discusión se centra en la mediación y acuerdos dirigidos antes que en la imposición.
3. Autonomía relativa del pensamiento jurídico, en que no se trata de un pensar abstracto sino de un pensar cotidiano.

---

<sup>558</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. Página 35.

<sup>559</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. Página 38.

<sup>560</sup> De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit. Página 50-51.

4. La constitución del universo procesal en términos más amplios que la mera aplicación de las normas, a una decisión final rígida y pre estandarizada por la norma.

5. Formalización de la interacción, en que la formalidad queda postergada frente a la participación en el objetivo del proceso.

6. Lenguaje de referencia, de carácter común y no profesionalizante.

7. La división del trabajo jurídico. Se trata de procedimientos decisorios de participación múltiple, en que las jerarquías están acortadas, lo que permite un intercambio de roles que amplía la discusión.

Estas características, si bien han resultado opacadas por el formalismo, para la profesionalidad, el centralismo jerárquico y en el positivismo del monismo estatal, de todas formas es posible encontrarlas en los espacios institucionales del Estado así como en las decisiones administrativas y judiciales del aparato del estado. Su atenuación no es igual que su ausencia. En materia laboral por ejemplo, el espacio para la argumentación acerca de la equidad es un reflejo de topois valoricos fuertemente discursivos; la mediación que hace 30 años parecía un atentado a la jerarquía judicial hoy se le tipifica de *métodos alternativos de resolución de conflictos*; la posibilidad que en ciertos lugares jurisdiccionales se permita a las partes ejercer su posición sin intervención letrada agrega autonomía al lenguaje y al pensamiento centrado en la solución más que en el proceso; las mesas de conversación y negociación entre gobierno, legisladores y grupos sociales en que se establecen protocolos de interacción constituyen formas de universos procesales y desformalización activa; la admisión del interculturalidad y los lenguajes étnicos introducen un lenguaje no formal, la participación de profesionales no abogados y el cuestionamiento de sus experticias al saber jurídico incluyen divisiones del trabajo distintas a las del operador jurídico duro, al hacer un uso flexible de normas y espacios institucionales en beneficio de la intervención social y las políticas públicas; piense en los trabajadores sociales o en los educadores.

Menor densidad pero similar presencia de estos elementos en el aparato estatal. Se trata más bien de núcleos de trabajo distintos pero en que es posible, en uno u otro identificar la forma derecho con o sin institucionalización estatal, sino una

suerte de juridicidad rizomática que se descentra pero contiene los elementos de validez, legitimidad y eficacia. La centralidad del estado como único productor jurídico queda relativizada. “Así, será posible sostener la centralidad del derecho estatal al analizar con una escala nacional ya un preciso núcleo del campo jurídico. Pero tal centralidad cambiará necesariamente cuando se cambie el tamaño de la escala o el punto de proyección”<sup>561</sup>.

La cultura jurídica estatal y monista de la modernidad es no solo una propuesta de escala única, sino una mirada que no considera en absoluto la alteridad más que como una reciprocidad de ganancia, no de respeto. Todo mandato viene desde la jerarquía, toda mirada es la mirada egoísta del individualismo racionalista; y, metodológicamente además, es una mirada disciplinar dura, reflejo de la ciencia moderna parcelaria. Se olvida sin embargo que “no se puede tener una visión amplia de una determinada forma positiva de Derecho (el caso particular aquí, del Derecho estatal occidental) sin identificar a qué tipo de organización social está vinculado y, además, que clase de relaciones estructurales de poder, de valores y de intereses reproduce”<sup>562</sup>.

Siguiendo en esta línea, por un lado el largo camino de análisis que hemos trazado sobre el Estado y el Derecho moderno con anterioridad, y por otra la argumentación de Antonio Carlos Wolkmer, es posible apreciar con claridad como el Derecho hegemónico está intrínsecamente vinculado con el proceso de producción social, de manera que el derecho de la sociedad moderna occidental es reflejo de la sociedad burguesa emergente, de un modo de producción material dominante, ideológicamente liberal-individualista, de la centralización de la organización del Estado y de la racionalidad de los procesos burocráticos; de manera que el sistema legal, administrativo y judicial que emergerá de allí sigue siendo la base de lo que occidentalmente se pretende entender por derecho. Se sustenta no solo en la relación estructura y superestructura que Marx denunciaba, sino que en un proceso a la vez racional filosófico como de elaboración de las costumbres y la cotidianidad

---

<sup>561</sup> Ardila Amaya, Edgar. . *Pluralismo Jurídico, apuntes para el debate*. En *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. ILSA. Bogotá. 2002. Página 60.

<sup>562</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Editorial MAD Ltda.. Sevilla. 2006. Página 40.

que produce y reproduce “una cultura que define la íntima relación entre el sistema económico capitalista, la nueva clase social burguesa y los principios directivos de la doctrina liberal”<sup>563</sup>.

En esa dirección toda la construcción positiva de legitimidad y validez del derecho moderno es consecuencia necesaria del acto de poder que consiste en establecer la seguridad jurídica como ratio destinada a garantizar un no regreso a la época en que todo quedaba sometido a un control central más menos unipersonal. La reflexión acerca del derecho se convierte a su vez en un reflejo especular de ese orden, de esa cultura, de esa ideología; de allí que “la formalización de la dogmática jurídica, resultante de datos lógicos y padrones de control jerarquizados inmunes a proposiciones y a juicios axiológicos, reduce el Derecho al orden vigente”<sup>564</sup>, dejando fuera todo otro campo disciplinar que el de la dogmática, todo otro punto de vista metodológico, mitológico y justificatorio del fenómeno regulatorio social.

No podía haber sido de otro modo, ya que salvo en los discursos teologales donde todo proviene de una divinidad sobre la que uno puede preguntarse pero no a la que se le pueda interrogar ni exigir respuestas, todos los procesos sociales derivan de una o más fuentes de producción que las determinan. Esto conviene tenerlo absolutamente presente, toda vez que un estudio profundo acerca de los fines del derecho, de sus usos y sus posibilidades, pone en cuestión el tema de los fines que se plantearon las fuentes materiales y culturales de producción de ese orden.

### **¿Fines del derecho o fines para el derecho?**

La pregunta por los fines del Derecho corresponde a la pregunta por los valores que dirigen la acción y la reflexión de los operadores jurídicos. Se trata de una pregunta amplia, de respuestas múltiples y que en su mayoría escamotean la

---

<sup>563</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 49.

<sup>564</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 69.

pertenencia de esta pregunta a la misma raíz de dispositivo de orden y aseguramiento a que hacen referencia las interrogantes sobre las funciones y las fuentes del derecho. Al plantearla también de manera idealista se le suponen respuestas fuera de las posiciones estructurales, de poder e ideológicas que se presentan en quienes operan la juridicidad. Oscilan así las posiciones entre el formalismo absoluto del positivismo jurídico y la falacia iusnaturalista de la objetividad valorica absoluta. El punto requiere claridad conceptual y política para su abordamiento.

Carlos Santiago Nino señalaba al respecto que:

“Es tentador buscar ese aislamiento conceptual por el lado de la finalidad, preguntándonos cuál es el objeto característico de esta vasta y complicada maquinaria social que llamamos derecho... (Maquinaria que tiene una intención definida pero que) es mucho menos obvio que el conjunto del orden jurídico satisfaga algún propósito definido de ambos”<sup>565</sup>.

Sin embargo las posiciones siguen allí, inmutables en sus extremos a la discusión sobre posiciones, ideologías, estructuras o dominios.

Al hablar de los valores, se pretende entonces presentar la finalidad del derecho como algo abstracto y propio de un *en sí* que no reconoce las relaciones sociales y que solo se allega a ella en un segundo momento decisorio, de raíz también prescriptiva, que se impone a esa realidad contra toda su materialidad en razón de una objetividad omnipresente. La discusión valorica queda así desfasada, pospuesta y alienada

Puede denotarse, por ejemplo, la posición positivista de Hans Kelsen, quien señalaba que: “Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada”<sup>566</sup>, de

---

<sup>565</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Página 2.

<sup>566</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1999. Página 21.

modo que la libertad y toda la finalidad valorica en la sociedad es subsumida al orden y a la imputación objetivada. No hay más valor que la imputación positiva. “Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres”<sup>567</sup>. No hay en consecuencia más fines que los fines de la ley.

En esta misma dirección Bobbio intenta armonizar dos conceptos similares, el de formalismo jurídico y el de formalismo ético, señalando que no obstante tratarse de cosas distintas, se complementan y compenetrán, toda vez que “Se puede decir que pertenece al hábito mental del jurista afirmar a la vez el formalismo jurídico y el formalismo ético: es decir, aceptar como mejor modo de considerar el fenómeno jurídico la teoría normativa del Derecho y como mejor modo de justificar el ordenamiento jurídico la concepción legalista de la justicia”<sup>568</sup>. De ésta forma los valores únicos del derecho en esta concepción aceptable de una ética jurídica serían la paz como fin antitético de la guerra y disolvente de los conflictos y la coherencia del ordenamiento jurídico, lo que implica entre ambos un principio de no contradicción. Un sistema racional para la paz y la convivencia social.

En el otro extremo, el iusnaturalismo pretende una similar objetividad, pero construida no sobre la constatación escrita de la norma, sino sobre un punto de validez universal establecido y a conocer.

Máximo Pacheco, iusnaturalista social cristiano, señala que existe una concepción objetivista, en la que “los valores son cualidades que poseen las cosas en virtud de las cuales, con independencia de su ser físico o espiritual son de cierta manera. Los valores son arquetipos ideales absolutos, trascendentes, inmutables y universales, cuyo ser no está condicionado por ningún concepto subjetivo sobre los mismos y cuya inserción en las cosas no dependen de ninguna voluntad individual, sino de la naturaleza misma de esas cosas. Los valores son objetivos, es decir, no dependen de las preferencias individuales, sino que mantienen su forma de realidad

---

<sup>567</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 41.

<sup>568</sup> Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid. 1999. Página 106.

más allá de toda apreciación subjetiva”<sup>569</sup>. Esos valores encuentran su existencia en el derecho, y que por ende el único valor que tiene esa característica es la justicia, la que “queda realizada por el solo hecho de existir un Derecho Vigente, porque el Derecho es el objeto de la justicia”<sup>570</sup>.

Para el francés José T. Delos, el derecho persigue fines objetivos exteriores y trascendentes como son la justicia, seguridad o bien común, pero “esos fines son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica. Inmanencia e interioridad de una parte, transcendencia de otra parte, he ahí lo que explica que los fines del derecho sean un elemento constitutivo de la realidad jurídica, sin dejar de ser por ello un punto de dirección, un elemento de cambio y de perpetua regeneración”<sup>571</sup> que lleva a la formalización de una voluntad del cuerpo social, de cómo la sociedad se concibe a si misma mediante la ley que actúa “realizando una idea, realiza un fragmento de este orden cuyo principio está incluido en la idea o en el fin del estado”<sup>572</sup>. Sin embargo la aplicación de ese principio positivado dependerá de la concepción de vida que se tenga. Así para éste autor el bien común se acerca a ese ideal de orden, en que el primero de los bienes comunes es la existencia de un orden en sus relaciones sociales. La seguridad y la justicia en cambio serían el contenido que apunta a objetos distintos: “entre la seguridad y la justicia hay una diferencia de objeto. El de la justicia es el derecho. El de la seguridad es la posesión de un bien”<sup>573</sup>. Entre ambas se hace evidente la falta de un lazo que hace se multipliquen las antinomias. La idea de justicia discierne sobre el complejo de la vida social y reviste un formulismo positivo. La seguridad en cambio llega a ser un derecho en la medida que se aplica en dos polos, el derecho y el deber del individuo, que se ejercen en un cuadro de justicia, “donde se afirman frente a frente la trascendencia de la sociedad sobre el individuo, y su subordinación a la persona individual”<sup>574</sup>.

---

<sup>569</sup> Pacheco G. Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1990. Página 477.

<sup>570</sup> Pacheco G. Máximo. Op. cit. Página 479.

<sup>571</sup> Delos, Jose T. *Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia*. En *Los fines del Derecho*. UNAM. México. 1967. Página 38.

<sup>572</sup> Delos, José T. Op. cit. Página 42.

<sup>573</sup> Delos, José T. Op. cit. Página 49.

<sup>574</sup> Delos, José T. Op. cit. Página 54.

El jurista alemán Gustav Radbruch se acerca al tema acentuando la nota sobre las antinomias que se presentan al hablar de los fines del Derecho. Así, señala que “el bien común, la justicia, la seguridad se revelan como los fines supremos del derecho. Estos fines no se encuentran son embargo en una perfecta armonía, sino por el contrario, en un antagonismo muy acentuado”<sup>575</sup>. Entre estos fines es la justicia la que adquiere una centralidad por su esencia de solución de conflictos: “La justicia presupone la existencia de un conflicto, mientras que la idea del bien común lo niega, o por lo menos no le presta atención alguna”<sup>576</sup>. La seguridad –indica- no es un valor absoluto y primordial como la justicia, y sin embargo la confluencia de ambos, legalidad y justicia permite un estado de derecho no autoritario, que atenta con su énfasis en el bien común contra la esencia de la justicia.

Más explícitamente, con un lenguaje igual de abstracto pero en definitiva muy concreto, John Rawls en su libro *Teoría de la Justicia* hace una presentación de éstos fines en la medida que la justicia de que habla se constituye sobre una idea contractualista original y se sustenta en principios que, pretendiéndose generales, son en verdad el soporte de una concepción social que dirige toda la construcción de la organización social que debe repetir la fórmula contractualista original hasta su consumación permanente por el sujeto racional kantiano. Así, Rawls señala que “La justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y los deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en diversos sectores de la sociedad”<sup>577</sup>, orden fundado sobre una posición original supuesta de un pacto originario, que consiste en una justicia de la imparcialidad expresada además como procedimiento racional. Los principios se acuerdan así en una posición original que se entiende justa, que consisten básicamente en una igualdad de repartición de derechos y deberes básicos y un principio de desigualdad que sin embargo produce beneficios compensadores para todos. Se trata así de un equilibrio reflexivo en que “los principios que serían

---

<sup>575</sup> Radbruch, Gustav. *El fin del derecho*. En *Los fines del Derecho*. UNAM. México. 1967. Página 57.

<sup>576</sup> Radbruch, Gustav. Op. cit. Página 63.

<sup>577</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995. Página 21.



escogidos en la posición original son idénticos a aquellos que corresponden a nuestros juicios madurador y que por tanto estos principios describen nuestro sentido de justicia”<sup>578</sup>.

Son las libertades básicas que ordenan ese sistema los que componen los principios de justicia y que son el fin de las instituciones y del derecho de esa justicia reflexiva: libertad política, libertad de expresión y de reunión; libertad de conciencia y de pensamiento; libertad personal, derecho de propiedad personal y libertad respecto de arrestos arbitrarios. El respeto y garantía de ellas es el pilar del sistema, sustentado además sobre deberes naturales que “se nos aplican con independencia de nuestros actos voluntarios”<sup>579</sup>, con independencia de las relaciones institucionales y que se deben a las personas en general. Será la Constitución justa, que asegure un resultado justo, la garantía de ese orden. “Las leyes no solo tendrán que satisfacer los principios de la justicia, sino también todos los límites establecidos en la constitución”<sup>580</sup>. Los valores esenciales para cumplir esos fines son radical y definitivamente los establecidos en esa posición originaria: “los únicos principios que autorizan demandas sobre las instituciones, son los elegidos en la posición original”<sup>581</sup>.

Puede parecer que nos hemos apartado de la posición inicial de este apartado, y sin embargo seguimos discutiendo acerca de los valores en juego en el debate jurídico. Dos citas de autores disímiles nos permiten así entenderlo.

Robert Alexy lo expone claramente: “Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”<sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> Rawls, John. Op. cit. Página 57.

<sup>579</sup> Rawls, John. Op. cit. Página 116.

<sup>580</sup> Rawls, John. Op. cit. Página 190.

<sup>581</sup> Rawls, John. Op. cit. Página 207.

<sup>582</sup> Alexy, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Distribuciones Fontamara S.A. México. 1993. Página 16.

Alf Ross, refiriéndose a la validez, en su acepción en ética y derecho natural advierte que validez “se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también fuerza obligatoria del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente”<sup>583</sup>.

La discusión se centra en definitiva en tres cuestiones centrales:

La primera, sobre el lugar que ocupan los valores en el paradigma del derecho moderno.

La segunda, en esa disposición de jerarquía de valores, cual es el lugar y relación con los principios del derecho.

La tercera en sí, entendiéndose que es posible desprender fines y principios generales del derecho, es posible a su vez plantearle al mismo Derecho una finalidad relativamente autónoma de los fines y funciones del Estado.

Las tres cuestiones se encuentran profundamente imbricadas y resultan decisivas tanto para la teoría como para la práctica del derecho.

## 1. El lugar de los valores.

Como pudimos revisar, el tema de los fines del derecho se funde con el tema de los valores, de manera que tanto para el iusnaturalismo religioso como para el racionalista la idea de los valores se trataría de un a priori objetivo, no contextualizado sino de una inmutabilidad incuestionable, existente en una naturaleza inteligible y absoluta de la cual podemos extraer, por razonamiento o por revelación esa verdad, a la que en todo caso debemos ajustar las conductas sobre la primacía de un valor superior y lógico para el funcionamiento de éste apriorismo, la obediencia como valor superior de coherencia sistémica. El naturalismo es así una organización completa

---

<sup>583</sup> Ross, Alf. *El Concepto de Validez y otros ensayos*. Distribuciones Fontamara S.A. México 1993. Página 26.

no del universo, sino de los sistemas de órdenes, de las organizaciones y sus reglas de funcionamiento: logos-orden, justicia-deber, conducta-adequación.

Desde Aristóteles que identificaba la justicia con el orden de la ciudad, pasando por la reunión de naturaleza, norma y universalidad que señalaban Ulpiano o Cicerón a la teologización del pensamiento del deber y del sometimiento por el cristianismo a partir de las enseñanzas de Paulo de Tarso, el naturalismo lo que hace es instaurar otra realidad natural diferente a la de las relaciones de la *Physis*, fuera de lo fáctico, a priori en una consagración de *la forma de lo real*. Su formación y desarrollo depende de un no empírico sino de un apodíctico previo totalizante que naturaliza las relaciones sociales aceptándolas o descartándolas según su adecuación o no a la forma. Una conducta legal es buena, una conducta social es la de la ciudad y su orden, etc. Así, “el concepto que puede llamarse teológico o finalista alude a la naturaleza como modo de ser de una cosa según lo conforma la finalidad para lo que la cosa está dispuesta, por donde la naturaleza de la llave es abrir puertas y la del sabio es el conocimiento. Aquí la naturaleza se identifica con la forma en el sentido aristotélico, esto es, con la causa final de las cosas”<sup>584</sup>.

Por su parte la doctrina kantiana sigue un derrotero similar. Y conviene tenerlo por demás presente dada su influencia en la formación del paradigma moderno del derecho. Como lo señala Ruíz Miguel, “Su teoría del Derecho, en efecto, se halla de tal modo incardinada en su teoría moral que las nociones centrales de ésta última, autonomía moral e imperativo categórico, tienen su correspondencia o correlato, en las nociones centrales de su teoría jurídica, libertad externa y ley”<sup>585</sup>.

En el derecho y la moral de Kant, el derecho pasa a ser una teoría de la virtud<sup>586</sup>. Recordemos que en la teoría kantiana la libertad depende de la voluntad

---

<sup>584</sup> Ruíz Miguel, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2002. Página 32.

<sup>585</sup> Ruíz Miguel, Alfonso. Op. cit. Página 241.

<sup>586</sup> Para un estudio más específico del punto puede verse la Sección Segunda de la parte dos de *Crítica de la Razón Pura* en que, en plan de síntesis de sus postulados vertidos en dicho texto Kant se refiere al “mundo moral” y lo que ello supone. Ver, por ejemplo, Kant Emmanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Tauros. México. 2006. Páginas 629 a 646.

del sujeto racional, que esa voluntad en verdad una facultad práctica que influye en esa voluntad, donde “el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una voluntad buena, no en tal o cual sentido, como *medio*, sino buena *en sí misma*”<sup>587</sup>. Esa voluntad buena “se encuentra en el sano entendimiento natural, que no necesita ser enseñado sino ilustrado”<sup>588</sup>, siendo el concepto de deber el que la contiene. De allí que “el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley”<sup>589</sup> y esta ley necesariamente, para mantener su carácter de universal, objetiva e inmutable necesariamente debe basarse en un imperativo categórico, el que teniendo en su base una imputación de deber, implica concebir el derecho como una relación de imputación y obediencia, no de regulación mutable de acuerdo a las necesidades y a las relaciones sociales materiales.

Ambas posiciones sin embargo son sustento y producción de una manifiesta inversión ideológica que establece una verdad abstracta totalizada y un modo de señalar la realidad fuera de toda fenomenología efectivamente empírica y no idealista, de toda relación social, de toda posición de poder. Por mucho que los filósofos del naturalismo, laicos o teológicos, hayan pretendido argumentar voluptuosamente acerca de una naturaleza formal y a priori, incluso si ellos en todo ese razonamiento tuviesen razón, no es posible pasar por alto el efecto que su intrínquilis ha producido. Toda su argumentación que discurre sobre lo abstracto, se ha encarnado en lo que se ha dado en llamar como **la falacia iusnaturalista**, en que lo que debe ser se cofunde con lo que es, y se deja de lado esto último para mirar, juzgar, dirigir y someter todas las conductas a un orden que fue predefinido como si toda la condición de posibilidad de lo existente se redujere a sus mandatos.

Por otra parte el derecho ha visto, en aras de su cientificidad, como se ha construido otra falacia, **la falacia positivista**, en que lo que es la prescripción ya no causal sino imputativa del mandato normativo. Si la otra pretendía afirmar valores permanentes, conservadores e inmutables, ésta pretende apostar por una

---

<sup>587</sup> Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 57.

<sup>588</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 58.

<sup>589</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 63.

neutralidad no participativa del debate, al simplemente pasar de largo de la discusión sobre lo valórico o ideológico que las afecta.

Ni lo uno ni lo otro me parece adecuado para tratar el punto. Sabiendo ya que esos valores históricamente se encarnaron y produjeron en el largo ascenso y consolidación del proyecto histórico burgués; no es posible pasar de la discusión ni asumir que hay valores objetivos sin analizar la posición y disposición estructural, material, relacional e ideológica de quienes imputan sus propios valores como los de la objetividad social, deteniendo y conteniendo así, toda posibilidad de un devenir diferentes, clausurando toda condición de posibilidad de otra realidad posible. No es posible pasar de ese debate sin hacerse preguntas fundamentales sobre los valores realmente existentes, como las que instaló Nietzsche cuando preguntaba “¿Cómo inventó el hombre estas apreciaciones: el bien y el mal? Y ¿Qué valor tienen en sí mismas?”<sup>590</sup>.

Sigamos por un momento su pensamiento, fuerte cuestionador de la moral con valores predefinidos y estáticos, para intentar dilucidar el punto. El juego de responsabilidad e inocencia que permite todo juzgamiento, es decir todo acto de constatación de cumplimiento del deber establecido, razona sobre la base que “hay continuamente presente en cada sociedad, en cada individuo, una jerarquía de bienes según la cual determina sus actos y juzga los de los demás”<sup>591</sup>. Lo que está en juego es un completo sistema de adaptación y cumplimiento con los deberes del orden, donde “Ser moral, tener buenas costumbres, ser virtuoso quiere decir practicar la obediencia a una ley y a una tradición fundadas desde hace mucho tiempo”<sup>592</sup>. Allí es donde se produce la naturalización e inversión ideológica que se denuncia, ya que o bien se pretende colocar lo tradicional como único valor virtuoso posible, o bien se abstrae de las posiciones ideológicas, las de mercado y propiedad por ejemplo, todo tiempo, haciéndolas atemporales, de manera que se pierdan en el tiempo sus huellas de construcción para otorgarles un sentido de eternidad lineal que las priva de discusión. De ésta forma se pasa por alto “la jerarquía de los bienes

---

<sup>590</sup> Nietzsche, Friedrich. *Genealogía de la Moral*. Mestas Ediciones. Madrid. 2001. Página 13.

<sup>591</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. Página 104-105.

<sup>592</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. Página 95.

no es en todo tiempo estable e idéntica... no se edifica y modifica según puntos de vista morales; por el contrario, sólo después del momento de su fijación es cuando se decide si una acción es moral o inmoral”<sup>593</sup>; en nuestro lenguaje, justa o injusta, legal o ilegal, legítima o ilegítima, etc.

Como lo afirma poéticamente en Zaratustra, al cantar acerca de las mil metas o la única meta: “Para conservarse, el hombre empezó implantando valores en las cosas, ¡él fue el primero en crear un sentido a las cosas, un sentido humano! Por ello se llama hombre, es decir, el que realiza valoraciones”<sup>594</sup>. Y toda conservación necesita mantener intactos esos valores, aplicarles certeza en el mito de la seguridad, ya que “Cambio de los valores –es cambio de los creadores. Siempre aniquila el que tiene que ser un creador”<sup>595</sup>.

Me parece al respecto que, en la desacralización del absoluto de los valores, de las neutralidades que esconden posiciones de poder, Nietzsche tiene razón. **No hay afirmación que no afirme su propia voluntad de poder.**

Por ello la lucha de la burguesía por destronar al antiguo régimen feudal no fue solo una conquista de espacios económicos, sino un proyecto totalizante para copar el proceso cultural completo y cotidiano, el campo de la ideología mediante la naturalización de los valores, de lo jurídico mediante la formalización de sus principios, de lo político mediante una institucionalización en el estado del aparato de dominación. Por eso para ese proyecto, como para todo otro proyecto nuevo es tan importante destruir los cimientos anteriores, pero sobre todo afirmar los propios. “De la afirmación derivan los nuevos valores”<sup>596</sup>.

Afirmémoslo concreta y definitivamente entonces. La discusión acerca de los valores del derecho no puede hacerse pasando por alto las posiciones de poder y de

---

<sup>593</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. Página 73.

<sup>594</sup> Nietzsche, Friedrich. *Así habló Zaratustra*. Alianza Editorial. Madrid. 1997. Página 100.

<sup>595</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. Página 101.

<sup>596</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 243.

dominación de quienes pretenden conservar desde las instituciones, los aparatos y los dispositivos su poder y su posición, reproducir constantemente su proyecto ideológico. El derecho no es un campo neutro de debate, es un campo estratégico de disposición de los topois que enuncian y despliegan en combate esa pugna de poder y de dominación. El Derecho del estado moderno es el derecho de la burguesía y su proyecto capitalista, originalmente contractualista hoy sistémico de mercado global.

Toda discusión acerca del derecho y de los derechos pasa necesariamente por sacar de la opacidad esas articulaciones y hacerlas visibles, exponerlas al sol como se expone a los vampiros, para analizarlas y frente a los procesos y los resultados materiales concretos establecer si cumplen con la promesa de igualdad de derechos, igualdad de posibilidades y dar, al menos coherente y razonable satisfacción de las necesidades humanas fundamentales de los hombres, mujeres y comunidades bio-sociales que habitan no ya los mapas de lo abstracto inteligible, sino del territorio rizomático de las relaciones espaciales, temporales, productivas, culturales y sociales.

Toda lucha por él y por los derechos es una lucha por la conservación o la irrupción de valores que expresan y se expresan recíprocamente e ininterrumpidamente en las formas de producción cultural y en los modos de producción existentes y por existir.

## 2. El lugar de los principios.

La segunda cuestión a someter a análisis para poder cerrar el punto corresponde al lugar de los principios dentro de la discusión de los valores del derecho.

El Derecho en general, pero a su vez cada una de las disciplinas se otorgan a si mismo reglas ordenadoras no necesariamente tipificadas que le sirven de señales de identidad de lo que se espera un determinado ejercicio que la individualice y

potencie a la vez, una carta de navegación que asegure marcos mínimos para el desempeño. Se trata en lo jurídico de normas deontológicas que vienen en colaboración de los aplicadores para la creación, integración e interpretación del derecho. En general se señalan para el denominado derecho privado los de prohibición del enriquecimiento sin causa, la prohibición del abuso del derecho, la buena fe, la tolerancia del error común, la prohibición del fraude a la ley y la teoría de la imprevisión; para el derecho público, el principio de legalidad, la separación de funciones, los limitadores de poder del derecho penal y el debido proceso.

Al decir de Robert Alexy, se trata de “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y por que la medida ordenadora de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario”<sup>597</sup>.

Esto resulta interesante tenerlo presente por varias características de la cultura jurídica hegemónica que, en mayor o menor medida, se plasman en los distintos sistemas jurídicos concretos:

Primero, se admite que el derecho es algo más que un conjunto de reglas que, a diferencia de los principios, exigen realización total y por lo mismo constituyen un orden.

Segundo, que entre ellos existe una línea de afinidad -mayor o menor- pero no una línea de continuidad, de manera que en los sistemas de mayor densidad normativa –tanto en su construcción como en las acciones de razonamiento y decisión – representan un mayor campo de juego retórico, por lo mismo de mayor potencia y adaptabilidad, pero adquieren una mayor fragilidad relativa en los aspectos de aparato y de dispositivos del Derecho y la institucionalidad estatal.

---

<sup>597</sup> Alexy, Robert. *Derecho y Razón práctica*. Distribuciones Fontamara S.A. México. 1993. Página 14.



Tercero, que esa misma disponibilidad los coloca en una disposición mayor de confrontación en la medida que se vuelven referentes de circulación de topois de las partes del conflicto. Pero en esa medida, toda confrontación de principios significa también una colisión de valores, de manera que implican una decisión de jerarquización de valoraciones, una determinación de cómo aplicarlos. Alexy propone a los principios, en tanto permiten una graduación en su aplicación y completud permanente y son continuamente trabajables, como verdaderos derechos de *prima facie*, que debieran colaborar en resolver los conflictos normativos mediante su ordenación y ductibilidad, con lo que estamos de acuerdo.

Los problemas que presentan los principios jurídicos en esta disputa de valores son sin embargo otros. Porque es evidente que con la sola enunciación de ellos es difícil no estar de acuerdo. Nadie podría discursivamente por ejemplo avalar un sistema de contrataciones de obligaciones jurídicas fundado sobre la mala fe o el abuso del derecho. La cuestión que se mantiene latente es por que eventualmente en su resultado son vulnerados a pesar de los acuerdos originales que suponen.

A mi entender el problema radica precisamente no en su utilidad práctica como resolutores *prima facie* de las decisiones, sino en su subordinación a una cultura jurídica centrada en el orden y la jerarquía, en la conservación de los intereses ideológicos formalizados antes que en una mirada materialista sobre la realidad cotidiana de los actores; pero también en la vaguedad con que son formulados prescindiendo de un elemento de medición de su gradualidad, como por una evidente debilidad del sistema formal de resolución de conflictos que desdeña los efectos de las decisiones y entiende cerrado el ciclo lógico con la decisión puesta en etapa de ejecución.

La generalidad de esos principios abre un amplio campo para el debate, sin embargo olvida el contexto ideológico, material y cultural en que son formulados y aplicados los principios. Aceptando su carácter de primacía en la orientación de la decisión, no es lo mismo hablar de buena fe en relaciones de evidente disparidad de peso económico, material de sexo o social, ni el enriquecimiento sin causa en actividades en disputa en que no están todas definidas por el enriquecimiento y el lucro, ni error cuando en una de las partes recae el principio de precaución con

mayor responsabilidad por su peso relativo, como las empresas respecto del medio ambiente y la salud de las poblaciones vinculadas en toda la línea de generación del producto farmacéutico; ni el debido proceso sin un análisis de las acciones pre procesales como las de la policía que normalmente quedan amparadas en sí mismas en tramos decisivos difíciles de seguir.

El campo de acción de los principios y sus posibilidades requiere de a lo menos cinco complementos:

Uno, atender al contexto material y a la igualdad o desigualdad real de las partes, de manera que sean no solo una guía de decisión sino también de comprensión del fenómeno completo;

Dos, una medición no solo de los derechos en juego a los cuales dar primacía sino además de la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y a proteger. Lo que se encuentra detrás de los bienes jurídicos es una necesidad a comprender y satisfacer.

Tres, una deliberación topográfica, es decir de aproximación a decisiones posibles que excluyan la tópica dworkiniana de la única solución correcta. Un derecho parametral que excluya la rigidez de la solución.

Cuatro, una disposición de continuidad, que establezca la presencia de los principios no solo en la base de la argumentación decisoria, sino que los ubique como parámetro de inicio, proceso y resultado de la resolución en disputa. Ante la pregunta de dónde se encuentran los principios, si al principio o al final de la decisión, debiera incorporarse la noción de proceso continuo ecológico para la decisión; y del valor del principio como parte de su momento de llegada, para revisar su aplicación.

Cinco, atender por el decididor a los efectos de su decisión. En el derecho este es un claro déficit de trabajo, ya que sustentado el procedimiento sobre una base dialéctica hegeliana de confirmación de los absolutos de verdad iniciales,

nunca se visualizan los efectos posteriores al punto de término ni se incorpora el seguimiento de lo decidido.

Sin estos correctivos mínimos, el campo de los principios generales del derecho nunca alcanza efectiva particularización y permanece presa de la concepción objetivista de los valores que abre el campo a las falacias de imputación que sustraen la realidad por el universo de los conceptos.

### 3. La finalidad del derecho.

Estamos en condiciones ahora de cerrar provisoriamente éste debate actualizando la tercera pregunta sobre los valores en disputa en el derecho y su aplicación, la cuestión de si se trata de fines en si del derecho o se discute acerca de un fin para el derecho que permita abrir el campo de un derecho finalista, que se plantee como “instrumento que tiene por fin último y bien jurídico proteger al hombre y a la satisfacción de sus necesidades fundamentales”<sup>598</sup>.

Mi respuesta a tal cuestión es la siguiente:

No hay fines para el derecho, hay un fin atribuible al derecho de conservación o de producción de los términos de creación y recreación de lo real. Hablar de justicia, bien común, seguridad requiere necesariamente el preguntarse qué tipo de justicia, sobre qué jerarquía de bienes calóricos y de atribución y distribución de bienes materiales, que tipo de bienes aplicables a qué tipo de comunidad y que formas de aseguramiento de qué tipo de intercambios deben producirse en esa pugna de conservación y certeza o de redistribución y recreación de lo social y con ella de su forma de regulación, el derecho.

---

<sup>598</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. En *El Otro Derecho*. Tomo I. ILSA. Bogotá. 1988. Página 32.

Todo paradigma jurídico es así una forma de presentar un paradigma mayor o hegemónico y sus disposiciones. No hay casualidad, las causalidades y las imputaciones han sido dispuestas. Como lo señalan Maturana y Varela en *El árbol del conocimiento*<sup>599</sup>, todo lo que es dicho es dicho por alguien.

### **El paradigma moderno del derecho.**

Después de ésta larga exposición podemos intentar ahora es configurar con mayor precisión el paradigma moderno de la juridicidad al que hemos aludido en su forma precisa como derecho moderno, así como también cuando he hablado, parafraseando a Wolkmer, de cultura jurídica de la modernidad.

Podemos señalarlo por sus características diciendo que este modelo de lo jurídico es monista, de lógica racional binaria, conceptual de aproximación abstracta, epistemológicamente reduccionista, ideológicamente liberal individualista, patrimonialista, formalista, perimetral, lineal progresivo, soberanamente mediatizado y excluyente, jerarquizado, estratégicamente procesalista, patriarcal, culturalmente excluyente.

Dada su proveniencia del Estado y centrada toda la densidad de su legitimidad, validez y eficacia, su garantía de coactividad y el control de su generación, el Derecho es concebido solo como derecho estatal, o al menos se entrega a éste ente de dominación la decisión sobre la tolerancia de los márgenes de aceptación de toda juridicidad, de manera que la que él genera o la que no excluye y criminaliza es la aceptada y única posible. Todas aquellas formas de regulación que no provengan del estado son descartadas, subordinadas o derechamente excluidas. Con esto, lo que en verdad se excluye es el poder regulatorio de la comunidad, tensando su legitimidad y su validez.

---

<sup>599</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Editorial Universitaria. Santiago. 2007.

La lógica de construcción, interpretación y aplicación del Derecho es la de la lógica binaria, ordenada en base a pares excluyentes de alternativas que se descartan mutuamente o que transan bajo una lógica jerarquizada previamente de orden. No se contemplan integraciones verticales y concurrentes de alternativas que no estén claramente situadas entre esos polos lógicos de tensión del razonamiento y la decisión. Entre lo legal y lo ilegal, el amplio campo de lo a-legal donde transcurre el campo de lo vivo, queda excluido de aceptación y sometido al poder de ese razonamiento bipolar de resultado preciso, si no cero cercano a la suma cero.

Dado lo anterior, si todo lo admisible es definido desde un órgano central que impregna los espacios territoriales, comunitarios y humanos de su poder soberano de dominación, quien representa en la cadena saber-verdad-poder, el locus de la enunciación de lo verdadero. Todo el saber jurídico es construido en base a una argumentación conceptual abstracta, que deductivamente generaliza, propone, dispone y subsume la realidad a los conceptos y definiciones establecidos como base de adecuación de las conductas.

En línea de continuidad con esto, para enfrentar el problema de la complejidad social, psicológica y natural, el Derecho moderno es epistemológicamente reduccionista, opera sobre la base de selección de alternativas simples predispuestas que le permiten operar sobre valores, definiciones y procedimientos que reducen la complejidad del entorno a esos valores, definiciones y procedimientos, cercenando en su lógica toda ampliación del campo cognitivo de la realidad, sus fenómenos y las relaciones que en ella se desenvuelven y deduciéndola al juego de causalidad – imputación de la aplicación normativa.

Desde el punto de vista de sus sustrato ideológico, como lo hemos demostrado en cuanto al origen del Estado como a los valores a que adscribe en ejecución de ese proceso, el Derecho moderno es basalmente de corte liberal individualista, de manera que se sustenta en derechos subjetivos de corte individual que se desplazan entre las líneas de campo del derecho privado y el derecho público; y expresa y se expresan en relaciones de orden contractual en que la reciprocidad de interacción depende de los intercambios y no de principios de responsabilidad solidaria y de participación colectiva.

En ese orden de cosas, el Derecho realmente construido ha resultado organizado de modo decisivamente patrimonialista, en el sentido que el principal derecho, en importancia, es el derecho de propiedad y las relaciones económico-jurídicas que de él derivan. Esto puede apreciarse en la protección que las Constituciones occidentales han dado a este derecho-valor, así como que la principal influencia en la producción y razonamiento jurídico hayan sido las propuestas privatistas, codificadas o no, sustentadas en el derecho de propiedad. En el caso Chileno por ejemplo, desde el solo punto de vista del articulado de la Constitución Política de la República, diseñada y puesta en marcha por la dictadura de Pinochet y retocada solo en modificaciones de funcionamiento institucional por los gobiernos posteriores, de los derechos que la ley asegura a las personas, el derecho de propiedad es el de mayor extensión en su articulado y el protegido con mayor rigurosidad; en los códigos penales y civiles, la mayor parte de sus artículos están dedicados a la propiedad y a los bienes, y sólo una pequeña parte de ellos a los derechos de las personas.<sup>600</sup>

Es a su vez formalista, en un doble aspecto: desde el punto de vista de cómo se establecen y defienden los derechos de las personas, se considera que todas son formalmente iguales, que no existen diferencias entre ellas; se opera con la lógica del contrato: dos partes iguales negocian y acuerdan, sin tomar en cuenta que en la realidad una de ellas pueda ser más débil que la otra. Desde el punto de vista de la tramitación ante tribunales, estos actúan estrictamente apegados a los procedimientos que la ley les establece, teniendo incluso más importancia que los derechos que se supone deben proteger. Ejemplo: si en un juicio una parte tiene efectivamente razón en los derechos que le corresponden, pero no se ha presentado ante los tribunales dentro de los plazos que la ley señala, perderá el juicio y sufrirá las consecuencias de ello, sin importar que si hubiese concurrido habría tal vez ganado el mismo juicio. Como se

---

<sup>600</sup> Al respecto puede verse la edición actualizada y oficial de la Constitución Política de Chile en la página web oficial del Parlamento chileno en <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index.html>. Sobre el carácter evidentemente patrimonialista de la legislación chilena, puede verse el artículo publicado por el abogado chileno Roberto Suazo V. en que señala como del Código Civil chileno, de los 2.524 artículos, 2.014 ampara el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones y solo 510 se refieren a derechos de las personas. En el Código Penal chileno, de 501 artículos, solo 92 protegen bienes jurídicos de la persona. Suazo V, Roberto. *Derecho de propiedad o derecho a la propiedad*. En *Vida y Derecho. Conflicto. Revista de Aportes Jurídicos para la Democracia*. Forja. N° 8. Santiago de Chile. 1991. Página 40.

considera a todos como iguales, no se plantea el problema de que alguna persona no sepa que debe hacer frente a la ley. De acuerdo al Art. 8 del Código Civil Chileno, por ejemplo, se presume que todas las personas de un país conocen todas las leyes que en él existen.

Esas delimitaciones, hacen que el Derecho adquiera entonces un marcado carácter de cierre de los espacios simbólicos y físicos de lo que, desde el punto de vista jurídico, está disponible para la comunidad. Si la función atribuida al derecho es la de señalar que es legal y que no lo es, que es permitido y que no, que debe hacerse para que sea jurídicamente procedente y que no, solo será legítimo y permitido aquello que la ley admita como tal. Es la ley la que señala que se tiene, que se puede y que no.

Toda ésta concepción opera sobre una noción del tiempo de corte lineal progresivo. El tiempo transcurre siempre de una sola forma, hacia adelante y ordenadamente, los tiempos pasados son reducidos en complejidad mediante la lógica de la preclusión de acciones, de la posposición de las decisiones, de la ordenación de los sucesos uno tras otro y de la excepcionalidad de las acciones autorizadas sobre el ahora cotidiano, ya que todo tiempo social debe someterse al tiempo burocrático del orden institucional, al tiempo controlado del aparato, a la intervención disectadora de los dispositivos sobre las acciones de los sujetos.

En ese contexto, todo el accionar jurídico se encuentra, al provenir del Estado soberanamente mediatizado. Es el Estado el que representa y explicita el poder soberano, de manera que la comunidad solo accede a él mientras se encuentre dentro de los parámetros de legalidad que el mismo Estado ha dispuesto. La participación de la comunidad queda a la vez que encausada, reducida a la idea de la representatividad institucional, sufriendo así una verdadera expropiación jurídica y quedando siempre expuesta a diversos grados de intervención estatal que la declaren en estado de excepción en virtud de la necesidad de mantención del orden. Lo que no se ajusta a ese orden queda necesariamente excluido de la vida en sociedad, entendida esta como lo que el derecho estatuye, representa y organiza.

Así, ese orden es permanentemente un orden jerarquizado. La propuesta que el positivismo jurídico hizo a través de la pirámide kelseniana no es sino una representación arquetípica del orden burocrático proveniente del antiguo régimen y del derecho natural, desplazado desde su argumentación extra terrenal a una de corte racional utilitaria. La burocracia llamada a formular procedimientos requiere de jerarquía y especialidad para la resolución de los conflictos internos.

Para los conflictos externos, sociales o entre sujetos particulares, el paradigma adquiere el sentido de ser estratégicamente procesalista. Para el paradigma tradicional el conflicto jurídico es en realidad un conflicto legal. Se trata de un conflicto de intereses entre posiciones sustentadas al amparo de alguna norma, un problema que es tratado y procesado en forma individual, aislado del contexto estructural en el que se origina y desarrolla. Se trata siempre de un conflicto de resultado de suma cero (una parte gana y la otra pierde), mediante una resolución que se toma a la luz de lo que las leyes prescriben. Esta concepción del conflicto no solo está presente en la ideología jurídica de los operadores jurídicos, sino que se extiende a todas las personas. En el sentido común los conflictos sociales no son conflictos jurídicos en tanto no exista contraposición de derechos de acuerdo a la ley. Dentro de esa estructura la defensa de intereses es siempre parcial y legitimada por el sistema; se trata solo una estrategia de defensa legal, que tiene lugar en los Tribunales, respecto de aquellos derechos que la legislación contiene y en la forma que en la ley se señala. Toda otra defensa de derechos es considerada ilegal o cuando menos antijurídica.

Pero adicionalmente, y desde el punto de vista de los procesos culturales que da origen pero también sobre los que se construyen a posteriori, el paradigma jurídico moderno es evidentemente patriarcal y culturalmente excluyente. El patrón de medida de lo jurídico es lo masculino, desde la representación simbólica del poder soberano hasta el modelo privado de responsabilidad que representa el pater familia. Pero también es culturalmente excluyente, ya que no solo no considera las variantes locales y étnicas, sino que toda cultura que no sea de corte euro céntrica, anglosajona o latina, es extraña, ajena y de difícil incorporación al modelo por otra vía que no sea la asimilación, o en términos jurídicos, por la subsunción de esa cultura subyugada a la cultura dominante.



Ese es en definitiva el modelo moderno de juridicidad históricamente resultante y sobre el que debe trabajarse para establecer los límites de sus posibilidades y la probabilidad de cumplimiento de una racionalidad instrumental que a mi entender se encuentra esencialmente agotada, lo que no es igual que extinta.

### **Relación e integración del derecho.**

Pensar un derecho distinto al que hemos mencionado requiere plantearse un verdadero despensar, que implique una nueva cultura jurídica que elabore un derecho abierto, complejo, plural, integrador.

Se presenta así como más difícil el cambio de condiciones y de elaboración de una juridicidad nueva que el pensar en un derecho de tipo normativo, básicamente positivista y sustentado en el principio de imputación. Hasta cierto punto lo es, si consideramos que contiene y se propone el uso de mucha menor cantidad de elementos para producir los resultados que pretende. Sin embargo no puede dejar de tenerse en cuenta un detalle esencial a la hora de definir modelos jurídicos: la aparente mayor simpleza que hace que el modelo de derecho que conocemos nos parezca mucho más factible que otro modelo, radica precisamente en eso, en que se nos ha inculcado como el único modelo posible, a la par que está construido y articulado de una manera funcional a sí mismo, es decir, que su arquitectura pretende soportar y reproducir su edificio. De hecho el cierre que hace Kelsen cuando propone definir la existencia, legitimidad y validez del sistema jurídico en su estructuración formal es exactamente eso.

La relación e integración del sistema de derecho formalista funciona sobre un enlace de dos puntas: simplificando y jerarquizando. El derecho formal simplifica la realidad hacia adentro, creando una relación con la sociedad en que toda la complejidad de las relaciones sociales es introducida bajo el paraguas de la norma y sus criterios, bajo el sistema de subsunción que sumerge la realidad en la norma y toma las decisiones en base a los criterios pre-definidos por ésta y no en una

solución que imponga, equilibre o reordene los puntos en conflicto, pero que al sustentarse en el derecho de propiedad como derecho base del sistema, en definitiva impone el criterio de propiedad sobre todo otro. Pero además el sistema de derecho formal opera por jerarquización de sus componentes, anteponiendo en lo simbólico-valórico el derecho de propiedad a todo otro derecho, en lo funcional el criterio ideológico sobre el instrumental y en lo organizacional el principio de autoridad por sobre el de participación. El resultante es entonces un sistema jurídico patrimonialista, de imputación, control y sanción y no democrático ni participativo.

Un nuevo derecho requiere cambiar precisamente esos criterios de simplificación y jerarquía por los de complejidad, integración, priorización y participación. Romper el sesgo disyuntivo y bipolar del pensamiento jurídico moderno implica pasar de la resolución de la tensión lineal de un conflicto por imposición de fuerza de un polo de la tensión a la producción de un campo de resoluciones que dé cabida a las alternativas y a los cálculos no solo de eficacia sino también de razonabilidad.

Las siguientes gráficas pueden ayudarnos a comprender mejor éste planteamiento, mostrando cómo se pasa de un punto de ubicación e intersección a un juego de variables que verifican figuras de comprensión y resolución de algún asunto.

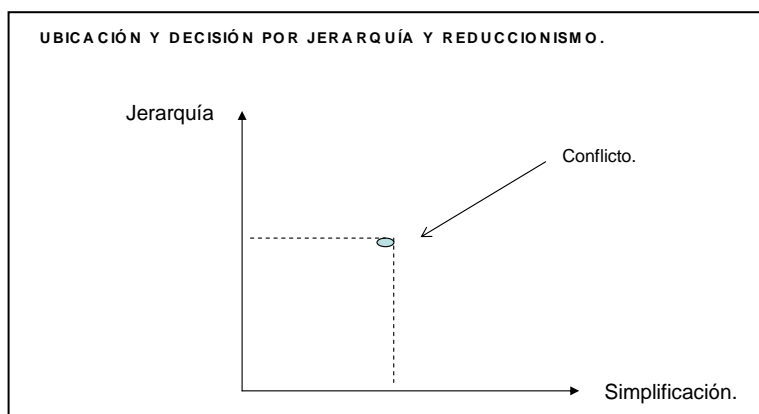


Ilustración 2. Visión simplificada del conflicto.

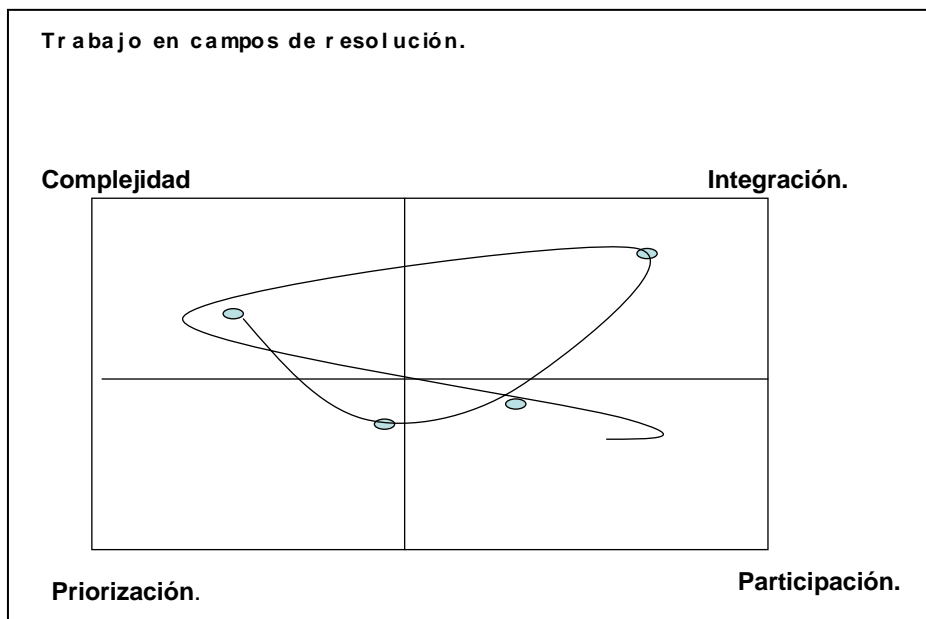


Ilustración 3. Visión compleja del conflicto jurídico.

Es cierto que la jerarquía otorga al derecho un sentido del orden, que permite regular los flujos de posiciones en el entramado institucional. Sin embargo, llevado al absoluto como criterio formal de existencia, legitimidad y validez finalmente rigidiza el uso del derecho privilegiando un sentido del control que priva las relaciones de capacidad de evolución y movimiento frente a la complejidad de los fenómenos sociales.

Pero aprovechando ese principio y poniéndolo en un plano de sujeción a los principios, es posible pensar otro derecho, manteniendo un cierto rasgo de jerarquía en el sistema en cuanto a la existencia y a una legitimidad formal relativa. Sin embargo, al someter la jerarquía a los principios constitucionales de interpretación y al imponer en éstos los principios de los derechos humanos se obtiene una priorización de la integración sobre el orden.

Pero si además en materia de principios de derechos humanos invertimos la pirámide de control de los derechos individuales por una primacía de los derechos colectivos, que permiten la concreción de las “facultades y bienes jurídicos” por mayorías antes que por individualidades absolutas o minorías privilegiadas,

obtenemos un sistema de derecho en que la validez y la legitimidad serán materiales y no formales, otorgando al orden y jerarquía un sentido de subordinación a las necesidades y al criterio finalista del derecho.

Una comparación visual entre ambos esquemas permite captar mejor esa diferencia paradigmática y la subordinación de la jerarquía y el orden al contenido finalista del derecho:

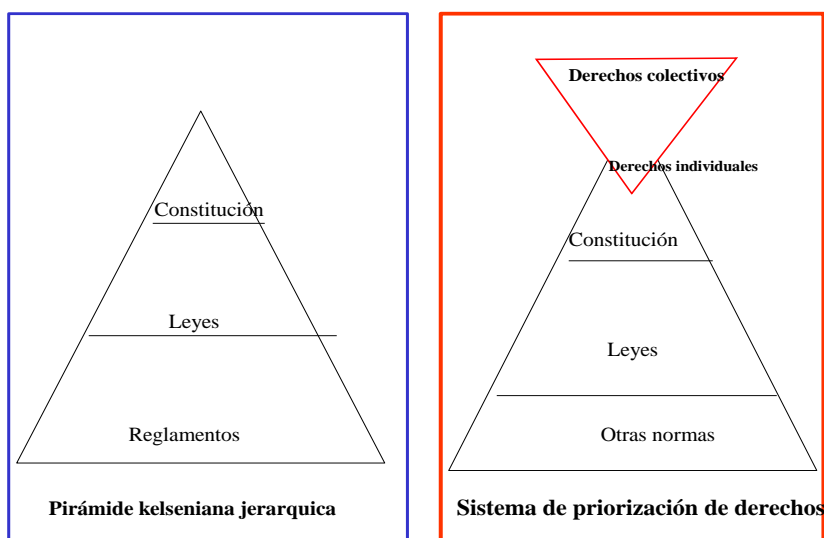


Ilustración 4. Comparación de pirámides de derechos.

Pero además, al considerar la integración y la participación como criterios esenciales de un nuevo derecho, la simplificación de la subsunción y de la primacía de los derechos adquiridos, especialmente del derecho de la propiedad, entran en un orden de priorización en torno al fin de satisfacción de las necesidades humanas de lo jurídico. Si se considera que la subsunción, lo que hace es simplificar la realidad disfrazándola de significado normativo que, en definitiva desaparece en el desplazamiento de ese mismo significante que es la norma y que la primacía del

derecho patrimonial lo que hace es excluir y destruir en principio de igualdad de las partes, aún cuando sea meramente formal, ya que todo lo que se tiene en exclusiva en forma inamovible es de por sí un privilegio y no un derecho, veremos que se requiere remover esos elementos por estos nuevos significantes capaces de articularse en diálogo con la realidad para lograr preeminencia del contenido de integración y participación.

Todo aquello que no solo adjudique derechos, bienes o recursos sino que por su resultado desintegre un nexo social o excluya de las posibilidades de satisfacción de necesidades debe ser pospuesto a soluciones de formulación, interpretación y aplicación del derecho pero sin hacerlo desaparecer sino que usándolo como contrapunto para evitar una disolución completa del sujeto sometido a reordenamiento social en su posición estructural, macro o micro.

Pero además el derecho, al integrarse en un todo finalista e intencionado en tal sentido, debe poner la participación de los demás sujetos en la génesis y resultado de los procesos jurídicos, aun cuando sea para ser informados y orientados acerca del porque de los efectos.

Esto tiene dos elementos: primero la incorporación del otro como un interlocutor parte de toda relación y no extraño; y segundo una reformulación y una educación del y en el lenguaje jurídico.

Hasta ahora, con la construcción de los derechos como exclusivos y *sin respecto de determinada persona* colocan a los demás ni siquiera como contraparte, ya que nadie me obliga a someter a disposición social mis derechos patrimoniales, que civilísticamente hablando en definitiva lo cubren todo, sino que en verdad los coloca como Terceros. La ruptura y ampliación de la lógica conceptual binaria del derecho moderno, mediante la búsqueda de procesos de incorporación del tercero en realidad como contraparte permanente aún difusa, como otro legítimo respecto de todo derecho, a partir de la definición del derecho como juego dinámico de retórica, burocracia y violencia en que se privilegia la primera, así como de la integración al debate de la ética y de los pilares psicológicos de superación de la represión binaria, hace posible tensionar la inercia a la relación conservadora binaria del derecho

como juego de facultad/deber para poner el eje de acción en la incorporación del otro por la vía de la responsabilidad con éste tercero aun en términos de eventualidad, incorporándolo no solo en cuanto a los daños directos de que es susceptible sino también de los futuros y posibles de prever: existe una multiplicidad de situaciones en que es posible prever y actuar sobre efectos, como cuando se trata de disposición del medio ambiente, de acciones que lleven a la concentración económico, de políticas y prácticas jurídicas de fomento de la organización, la participación, la información y los derechos, de instancias procesales de revisión de eventuales ausencias por defecto de forma o comparecencia, aun cuando el derecho se observe presente, etc.

En segundo lugar, es necesario una comprensión, una difusión y un uso del lenguaje jurídico distinto para producir la integración y relación de los elementos de este nuevo derecho.

El lenguaje jurídico es de por sí oscuro y altamente tecnificado. Sin embargo, como lo demuestra la experiencia del lenguaje computacional y del ciberespacio, el uso permanente de él a pesar de su complejidad es capaz de crear sentidos comunes de su uso y su apropiación. Es posible observar como los más jóvenes usan el lenguaje, se lo apropian e incorporan a su jerga diaria y hacen un manejo del instrumento tecnológico con su dialecto ciberespacial y computacional con una facilidad mayor que los demás grupos atareos; ello ocurre precisamente porque se ven expuestos y además se auto exponen a diario a ese lenguaje, y que enfrentados a un técnico, a pesar de su complejidad, es posible un diálogo a lo menos de comprensión del fenómeno y del problema. Eso demuestra que comprender el derecho para producir un mayor uso y una mayor integración implica entregar cada vez más elementos de vocabulario a las personas en dirección, desde antes mejor, para producir ese sentido común de uso de qué hablamos. Un auditorio que escucha y comprende tiene posibilidades de replicar en forma más equitativa, tanto ante la institucionalidad como frente a los operadores jurídicos de mayor profesionalización. Existe ya la experiencia de educación jurídico popular que demuestra a su vez esta posibilidad y como la participación en el lenguaje es el primer paso a la democratización del espacio jurídico.

Pero a su vez los integrantes del espacio institucional, sobre todo jueces, legisladores y abogados, deben ser capaces de articular su lenguaje con los distintos coas<sup>601</sup> que circulan en lo social, de manera de abrir también desde arriba el lenguaje al flujo de significados susceptibles de apropiación. Un habla que combina saber técnico con lenguaje popular es capaz de integrar, hacer participar y dar legitimidad y validez fonética y gnoseológica al derecho.

Otro desplazamiento y construcción que requiere explorarse para construir un nuevo sentido de relacionamiento del derecho y sus partes, entre sí y con la sociedad, es el de la identificación, ubicación y valoración de los elementos comunes a todo sistema jurídico. Ya Boaventura de Sousa Santos ha señalado como tríada explicativa para el funcionamiento de los sistemas jurídicos a la retórica, burocracia y violencia y como en la intersección de estos elementos es donde se produce la situación jurídica completa.

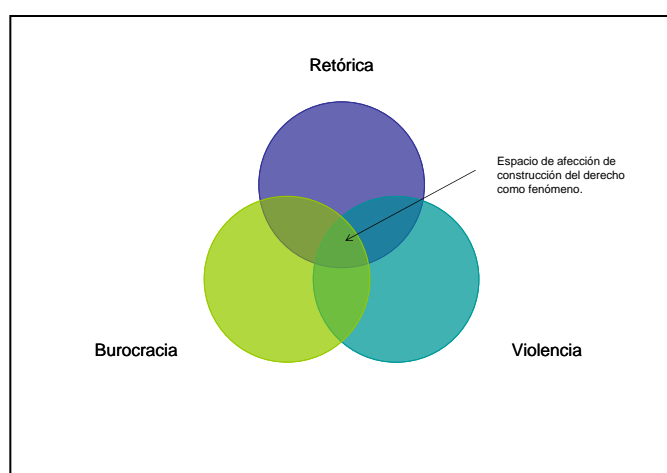


Ilustración 5. Elementos de los sistemas jurídicos según Boaventura de Sousa Santos.

Sin embargo hay que considerar otras dos esferas de elementos para comprender de mejor manera que es y que puede ser el derecho.

<sup>601</sup> Lenguaje popular, forma de dialectos urbanos que usan libre y libérrimamente el lenguaje para significar elementos. Por ejemplo, maderos, pacos o yuta, significan policía según el lugar donde se use.

Primero, al mirar el derecho desde una relación no solo normativa sino integrante e integradora de lo social es posible establecer para él los siguientes elementos: **sujetos**, **subjetividades** (intereses y expectativas), **institucionalidad**, **normas**, **poder** (facultad activa y fuerza), **espacios** (territoriales y simbólicos), **tiempos** (reales y burocráticos), **entorno** (ecológico y social) y **fines** (de aplicación instrumental y de discurso). Estos adquieren un orden constitutivo y de interpenetración mutua, en que el derecho pasa a ser definido por el juego permanente de todos ellos.

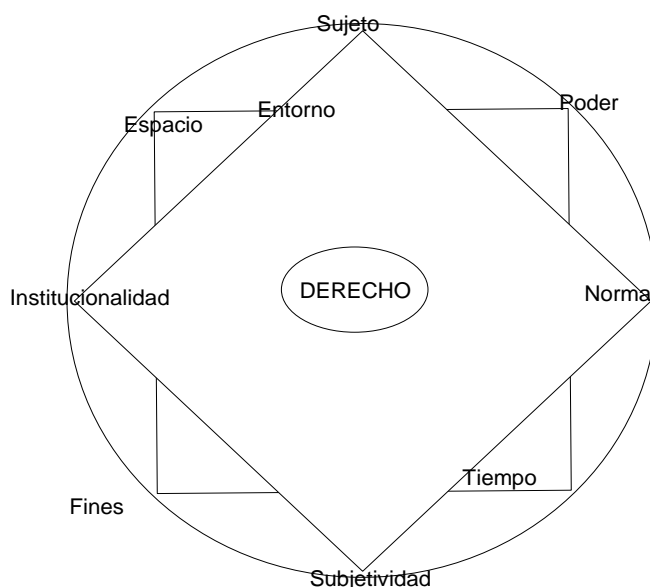


Ilustración 6. Visión general de un derecho complejo.

Este esquema muestra precisamente como estos elementos que buscan constituir al derecho se ubican en una disposición de interacción a la vez que de tensión entre ellos, en que el sujeto recorre la acción jurídica en su posibilidad de construir y desplegar su subjetividad sobre sus expectativas e intereses; en que el derecho se ejecuta en un espacio determinado acotado por su dimensión temporal y vice versa; pero además constituye una relación de mutua pertenencia con el sujeto, que no vive en un espacio abstracto sino en un entorno ecológico y social determinado por esas coordenadas; construyéndose lo jurídico en una dimensión



parte del sistema, ya no su totalidad, en que la institucionalidad se concreta y a la vez se retroalimenta en la norma (elemento ahora también parcial); donde la noción finalista del derecho es un predicador de sentido del poder y del encuentro de las subjetividades.

Segundo, existe a su vez una dimensión que podemos denominar “interna” del derecho, que se corresponde a la formulación de algunos de éstos mismos elementos con la conceptualización básica de lo jurídico que definen su núcleo, y que al revisar el sistema desde esta complejidad, todos ellos a pesar de su centralidad performativa, pierden su pretendida “naturalidad” con la que se han presentado y permite sean reordenados y/o sustituidos.

Si se revisa la teoría tradicional del derecho, puede apreciarse que todo ese sistema jurídico puede resumirse no en el sinnúmero de instituciones que lo van conformando, sino en ciertos elementos matrices. El conjunto de instituciones y de intereses políticos que se vierten a través de ellas en lo jurídico hace parecer que la construcción del sistema dependiese de una casi inabarcable matriz, y sin embargo estos elementos son una cantidad determinada.

En el núcleo de éste sistema del derecho liberal se ubican **el sujeto**, en tanto es personalidad legal que es una reducción del sujeto a individuos patrimoniales; **su voluntad** dirigida a crear actos jurídicos como fuente de vínculos, como si fuese un elemento ajeno a la subjetividad; **las obligaciones** que surgen de esos actos de voluntad y **las sanciones** para el caso de incumplimiento y siempre esta relación es en un solo sentido unidireccional. En una esfera más externa se encuentra un entorno que sirve de soporte a ese funcionamiento y que está constituido por el **espacio público**, es decir las relaciones políticas del sistema que se genera entre las instituciones; un **espacio geográfico**, un **sistema patrimonial** construido como intercambio mercantil y un uso del **tiempo** como consolidación de éste sistema. A través de ellos se mueve la institucionalidad que se presenta como un Estado de Derecho que es sistema normativo y principios fundamentales que en verdad son la ideología liberal que se manifiesta en naturalismo conceptual, principalmente el patrimonio.

Podríamos representarlos de la siguiente forma:

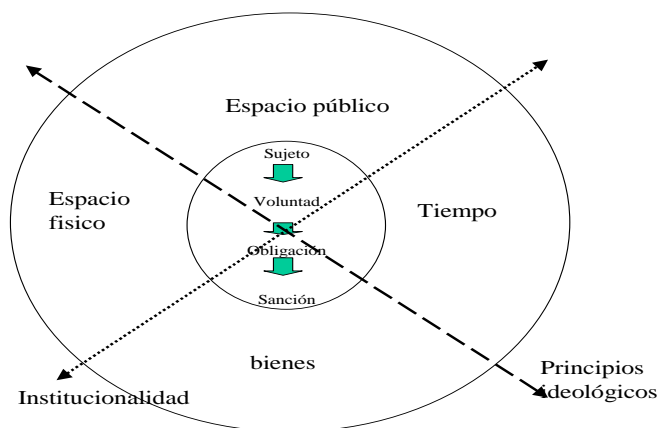


Ilustración 7. Elementos contextuales de un sistema jurídico

Sin embargo esos conceptos, a la forma que se presentan los bienes como necesidades y no como satisfactores en la ideología liberal, en realidad falsean las relaciones sociales y lo que hacen es imponer todo un paradigma como si no pudiese ser de otra forma. Sin embargo una modificación y/o re-ordenación permiten una comprensión distinta del derecho y las relaciones jurídicas. La propuesta, recogiendo todo lo que ya dije para un nuevo derecho, pasa entonces a ser la siguiente que puede compararse al primero como un otro orden posible:

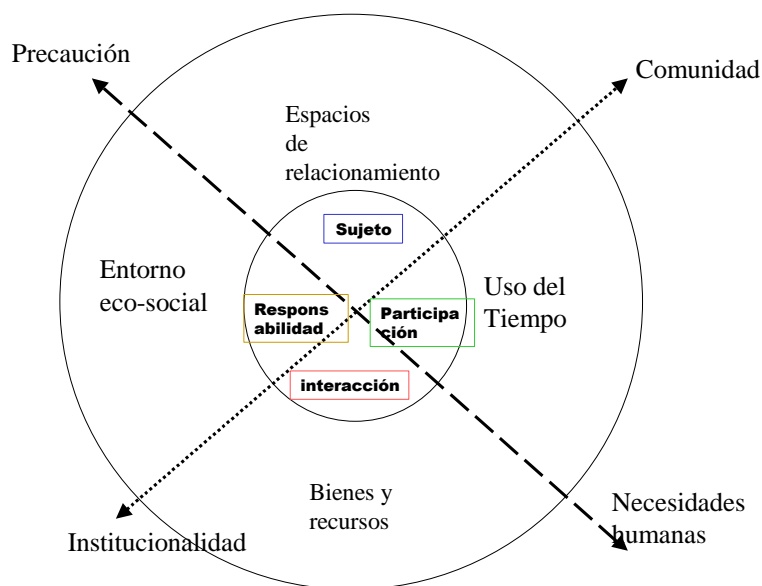


Ilustración 8. Visión integrada de un sistema jurídico.

Si se considera que el derecho es entonces una complejidad articulable y que la formalidad, el patrimonio y la jerarquía quedan relativizados, podemos tener una nueva y mejor comprensión del derecho y la juridicidad como fenómeno social de construcción y uso para la emancipación.

En un esquema de intercambio y satisfacción de las necesidades distinto al de la acumulación individualista, se requiere de un nuevo orden más complejo pero también más integrado que podemos, preliminarmente exponer de la siguiente manera, volviendo más tarde a plantear la base teórica de esta esquema explicativo<sup>602</sup>:

<sup>602</sup> En el capítulo quinto de éste trabajo podrá encontrarse un desarrollo de los significados del esquema que a continuación se presenta.

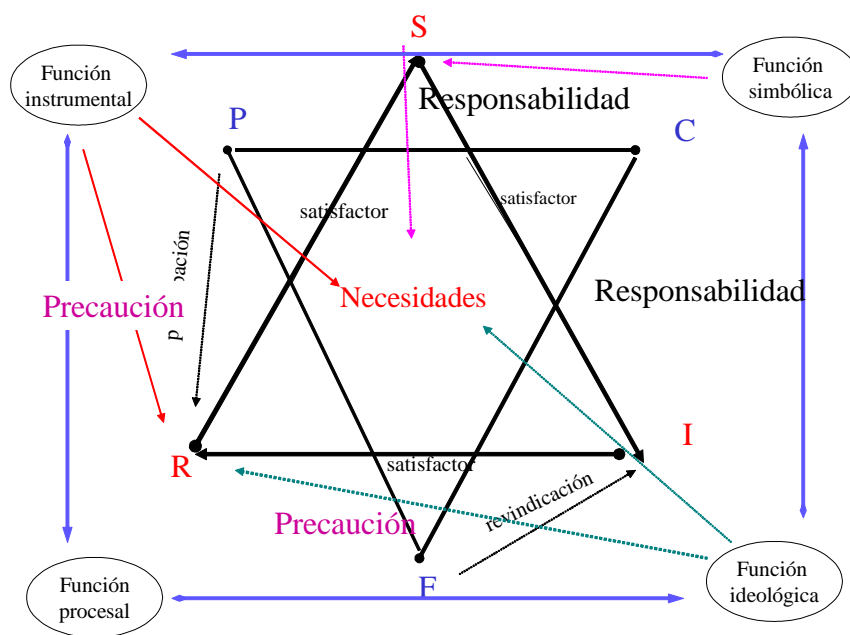


Ilustración 9. Orden complejo de necesidades y funciones del derecho.

Todo el derecho entonces adquiere dimensiones y posibilidades distintas y diferentes. De un uso rígido, preestablecido, conservador, delineado ideológicamente en torno al derecho de propiedad y el relacionamiento y la apropiación individual como forma no de satisfacción de las necesidades sino de construcción de la sociedad y de sus relaciones y uso de los recursos. Sin embargo es posible imaginar el derecho desde una forma compleja en que los sujetos no son abstractos sino ubicables y concretos; ni las necesidades y relaciones jurídicas formales sino materiales; ni la forma de relación individualista y agotada en el contrato, sino colectiva y finalista; y en que el conflicto no es nocivo sino parte del juego y la función procesal consiste precisamente en producir esos nexos, en tejer una red de conexiones en que lo normativo debe funcionar como un espacio de producción de conexiones e intercambios, como lo realizan las dendritas y axones en el proceso neuronal

Este nuevo derecho relacionado, relacional, integrado, participativo, materialista y finalista parece abstracto, sin embargo al concebirlo visualmente

podemos apreciar que cada una de las posiciones y disposiciones de sujetos y elementos adquiere concreción, y la tarea siguiente es entonces conseguir un soporte simbólico colectivo y un pool de herramientas para su realización<sup>603</sup>.

El siguiente esquema puede darnos una idea de la articulación de sus elementos para su integración y finalidad.

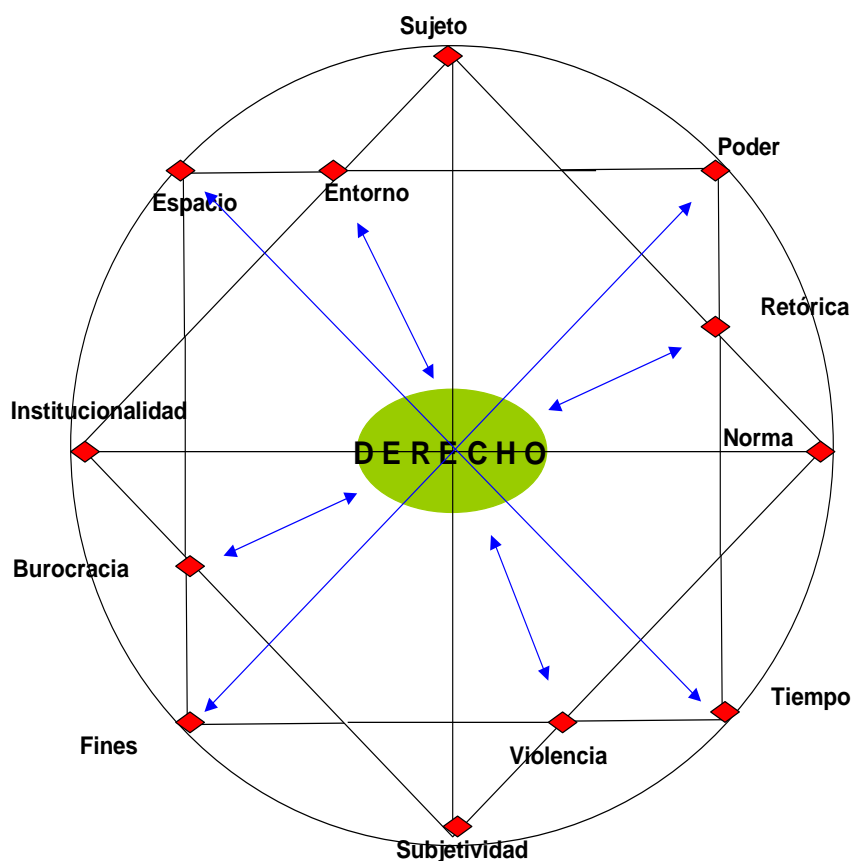


Ilustración 10. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.

En la sociedad moderna, que hemos definido como sociedad jurídica, el derecho normativo, formal y patrimonialista ha insistido en el orden, en la conservación y en la jerarquización de las relaciones sociales. Así el criterio

<sup>603</sup> Intentaremos en el desarrollo de éste trabajo y sus aperturas para futuras discusiones, mostrar como es posible completar este punto, especialmente en el capítulo nueve y final.

normativo parece omnipresente y susceptible de abarcar, envolver y producir todas las situaciones sociales, incorporándolas y/o transformándolas (engulléndolas o subsumiéndolas en verdad) a la lógica normativa de abstracción y tratamiento forma con independencia de las igualdades o desigualdades sociales. El derecho parece rodearlo todo y estar a mano para aplacar todo conflicto, todo disenso, toda inseguridad, toda desviación. Estamos rodeados por lo jurídico en cuanto técnica, en cuanto tecnocracia, en cuanto ejercicio de control y disciplinamiento, en cuanto institucionalidad y lazo Inter.-subjetivo, en tanto poder y coacción. El resultado es que nos encontramos frente a un derecho que voy a denominar como **DERECHO PERIMÉTRICO** que nos encierra y vigila, a la manera de las cercas de una prisión o de una fosa que nos obliga o convence de vivir de una determinada forma. **Ese derecho confunde en definitiva orden con organización**<sup>604</sup>.

¿Es posible pensar el derecho de otra forma, imaginarlo en otra perspectiva social, espacial, temporal y de sentido distinta de como lo hemos comprendido hasta ahora?- Mi respuesta es afirmativa. Probablemente en la lógica de los colonizadores era necesario levantar cercos en que los de adentro fueran los libres y los de afuera los presos para vivir (fuertes, ciudades empalizadas, etc.) y lugares en que los de dentro fueran los presos y los de fuera libres (cárceles, manicomios, regimientos, hospitales), con lo que producían un extraño y complejo juego de inclusión y exclusión en que el centro es definido por quien tiene el poder material y simbólico, con independencia de su ubicación real en el espacio geográfico. La geografía ha sido usada y manipulada para levantar ciudades o campos de concentración, para actuar conquistándola y apropiándose de todo o parte de ella estableciendo validez y legitimidad donde es la forma es lo que determina donde me encuentro y no la situación material.

Frente a eso quiero imaginar otro derecho posible, uno que sea inclusivo, participativo, integrativo, colectivo, perceptivo, precavido y responsable, uno en que ya no estemos dentro o fuera sino donde los sujetos puedan decidir donde estar, removiendo los obstáculos que lo impidan. Un derecho no del absoluto sino de la

---

<sup>604</sup> Al respecto puede verse Morin, Edgar. *El Método. La naturaleza de la naturaleza*. Ediciones Cátedra S.A. Madrid. 1999; especialmente su capítulo segundo "La organización. (del objeto al sistema).

relación. Este nuevo derecho, que recoge los principios de un nuevo paradigma permite revisar nuestras propias acciones, conceptos y metodologías. Hablo de un derecho que salta por sobre la niebla naturalista del derecho liberal moderno y permite hacer visible lo real de éste, de su saber-verdad-poder intencionada; imaginar éste nuevo derecho implica cambiar la mirada sobre lo jurídico, sobre lo social y sobre las relaciones que conforman esa episteme; implica pensar de otro modo lo jurídico, asumir una disposición de subjetividad distinta desde una emocionalidad distinta para cambiar la interacción entre los elementos del derecho y entre los sujetos que son parte y entorno de éste a su vez. Hablo de un sistema jurídico que denomino como **DERECHO PARAMETRAL**, que no cerca sino que abre opciones de trabajo permanente.

En lo sucesivo, intentaré avanzar hacia una propuesta integrada de nuevo cuño que abre la condición de posibilidad cierta para otro derecho, relativamente autónomo en su formulación a los campos discursivos del derecho tradicional, pero en fuerte y evidente disputa con los modelos de dominación política y económica de la modernidad capitalista.

## **EL PROBLEMA DE LAS NECESIDADES. VALORES Y BIENES EN EL DERECHO.**

El hombre blanco solo vio lo blanco  
Se empeñó en lo blanco  
Solo piensa en blanco.  
(Pedro Guerra).

Por cierto para abolir la pobreza tenemos que pensar como seres humanos y no como seres nacionales. Solo puede existir la humanidad y no la cruel división de razas, credos y el absurdo infantil del nacionalismo.  
(Jiddo Krishnamurti).

### **De la abstracción a la materia.**

Intentando contextualizar el debate, que nos ha llevado de la historia y la discusión sobre el papel y el tipo de ciencia y técnica hasta la revisión del derecho, lo que designamos como modernidad y la sociedad jurídica que se ha producido a si misma a partir de los órdenes estatales, han constituido una zona mitológica de promesas a partir de la formalidad y la abstracción. Nos hemos referido a la época moderna como una promesa de futuro, progreso y desarrollo continuo, construida sobre una concepción del tiempo lineal y unidireccional, sobre una noción de ciencia disyuntiva articulada sobre la confianza absoluta en la técnica, con una antropología racionalista, esencialmente patriarcal y propietaria, funcionando en la constitución de un logos de lo abstracto excluyente de la diversidad y los diversos, centrífuga respecto de las culturas, uniformadora de procesos y resultados; constituida sobre un humanismo discursivo vaciado de contenido e invertido ideológicamente en beneficio del capital y la lógica del cálculo.

De la misma forma se señaló como esta descripción no es solo conceptual, meta discursiva o teórica, sino que se tradujo - y lo hace permanentemente-, en formaciones discursivas, institucionalidades, burocracias, estructuras de



administración y control, en técnicas, dispositivos y estrategias de poder concretas, cotidianas, refundantes, re ordenadoras y reproductoras de sus bases de poder: una antropología, una economía, una cultura, una biopolítica en definitiva.

Dentro de ese contexto de la modernidad, ya sea que se le analice como época o como proyecto, las relaciones propietarias de inclusión o exclusión, las formas de apropiación y uso de los bienes, la articulación de forma, valores y bienes resulta esencial. No puede hablarse de modernidad sin entender como en ella se verifica una sociedad jurídica que, a través del revestimiento en las formas de sus instituciones, enlaza bienes y sujetos en la persona del propietario; eleva a éste y sus valores en la línea de definición de lo social, y demarca desde allí la pertenencia o no de los sujetos a ese modelo social.

Todo el proyecto occidental moderno (político, jurídico, social, simbólico y cultural) no puede ser entendido sin observar y verificar esa relación - compleja y encubierta - de valores y bienes, de forma de apropiación y forma de relación que constituye el vínculo de los sujetos en la sociedad contractual. El sujeto que es tal, para en verdad serlo, es individuo y propietario en tanto sujeto completo, y sus valores a instituir, consagrar y defender son los valores de la constitución en torno a la propiedad y las cosas. Así la libertad se hace sinónimo de libertad de tener e intercambiar y los bienes la forma de constatar su realización. Para ser libre hay que poseer, poseer es la manera de garantizar la libertad que accede a la individuación previa individualización en esa posesión. Propiedad y libertad quedan así constituidas como los valores a defender y concretar.

Como señala Joaquín Herrera Flores, en una mirada atenta y profunda de los postulados liberales de la modernidad, en la supuesta defensa de la libertad de los individuos y su autonomía, lo que en verdad se verifica es una verdadera inversión ideológica y valorica entre los derechos y los bienes, en que se constituye como dogma “la prioridad del derecho sobre el bien; es decir de la norma jurídica y sus procedimientos frente a los proyectos vitales, (el significado sobre el significante, la extensión de la coacción y la violencia sobre el poder hacer) y los valores que

conforman la concepción de una vida digna de ser vivida”<sup>605</sup>, toda vez que la idea de una sociedad constituida por seres atomizados y separados en individuos totales auto sustentables en vez de construir lazos sociales transforma la sociedad en una no comunidad, o en una apariencia de comunidad en que en verdad transcurre una verdadera guerra de egoísmos, sin deberes comunitarios reales entre sus componentes:

“Si mi libertad termina donde comienza la del otro, no tengo la más mínima obligación con respecto a las dificultades con las que se encuentra ese otro en el desarrollo de su vida y aparentemente le permito a ese otro que se busque o que, al menos, proponga lo que entiende por una vida digna de ser vivida”<sup>606</sup>.

En lo que a éste trabajo concierne, esa manera de pensar/hacer de la formación moderna incide sobre el papel del Derecho como instrumento esencial y privilegiado de la modernidad para convertirlo ya no en una herramienta de protección frente a los absolutismos, como se había prometido en los momentos fundacionales de la sociedad jurídica liberal, sino en una justificación de defensa de los privilegios de aquellos que formalmente lograron consolidar su posición propietaria. En el recorrido de la modernidad como proyecto de consolidación a su vez de los derechos como formalidad y del capital como actividad y fundamento de la producción humana, la supuesta finalidad protectora se desdibuja y se pierde en esa inversión, transformando los derechos adquiridos por aquellos que consolidaron su título sobre las bienes en verdaderos privilegios y colocando a las inmensas mayorías no propietarias a la intemperie frente al neo absolutismo de la economía globalizada. No obstante esa realidad efectiva de desigualdad, se continúa proponiendo la igualdad jurídica formal como la vía de homogeneización social, señalando que la existencia de derechos formales llevará a la equidad material, en una carrera que no se alcanza nunca. Así, “el derecho en su prioridad sobre el bien, de ser un instrumento para instaurar procedimientos justos de acceso a los bienes, se convierte en un fin en sí mismo. Es lo que llamamos la “reflexividad especular” del derecho: no hay mas realidad que los derechos; por lo que los problemas sociales

---

<sup>605</sup> Herrera Flores Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del Humanismo abstracto*. Los Libros de la Catarata. Madrid. 2005. Página 94

<sup>606</sup> Herrera Flores Joaquín. Op. cit. Página 94.

no se solucionarán atentando contra la concepción hegemónica de la división del hacer humano, sino con más derechos o con el perfeccionamiento de los derechos ya existentes”<sup>607</sup>.

El hecho que el valor libertad, como sinónimo de propiedad, deba ser defendido, instituye una red de relaciones donde los valores formales y abstractos de llegar a ser sujetos en tanto llegar a ser propietarios prevalecen sobre la esfera de la materialidad cotidiana, en que la prioridad no es solo acceder a los bienes con los cuales revestir y reproducir el cuerpo sino acumularlos para obtener riqueza. Hay en esta trama de economía y disposición de recursos, toda una red de relaciones sociales que organizan la producción y en consecuencia lo jurídico, las relaciones de trabajo, de consumo y en definitiva de satisfacción de las necesidades humanas. Hablar de necesidades es hablar de esas libertades para y no de esos bienes para. Una delgada línea de inversión del orden de aplicación de lo necesario para la subsistencia puede llevar a un universo de diferencias en la práctica cuando se señala que el sujeto requiere libertad antes que satisfactores materiales para subsistir. Se trata de un espejismo de idealismo puro y absoluto.

Contra esa lógica de la opacidad de lo real disponer de una mirada social y material del problema me parece indispensable. Así como también el discutir la cuestión de las necesidades humanas, indagar en su genealogía, en el cómo y de qué manera estas permanecen en el ámbito de la abstracción formal o en el de las estructuras materiales, en el cómo se desdibujan en su relación con los medios de obtención de los satisfactores, con la producción y distribución de la materialidad social, perdiendo su potencia de construcción de lo social que permita pensar las relaciones sociales a partir de sus resultados de integración y no solo de acumulación.

Como efecto paradójico de una cada vez mayor y desbocada producción de bienes - que se confunden con satisfactores - y del supuesto acceso a éstos facilitado por formas de consumo a créditos interminables que otorgan una apariencia de propiedad, las necesidades humanas fundamentales se vuelven no

---

<sup>607</sup> Herrera Flores Joaquín, Obra citada. Página 96.

solo más difíciles de satisfacer, sino que se desdibujan en la lógica de la producción. Como señalaba Milton Santos “A medida que cada producción supone necesidades específicas, la profundización del capital, su mayor densidad y su más alta composición orgánica crean condiciones materiales siempre más rígidas para el ejercicio del trabajo vivo”<sup>608</sup>, acarreado bajo los discurso de flexibilización de la producción y del trabajo condiciones cada vez más difíciles para hacer de la ecuación trabajo – vida digna una vía de satisfacción de las necesidades. La producción entonces se torna un mecanismo que, funcionalizado en la producción, regulado en el cálculo y el discurso economicista y mediatizado por el derecho, termina siendo el medio único de obtención del satisfactor de los satisfactores, el dinero, que abre o cierra la puerta en el mercado. Develar esa postergación, la inversión, subsunción y finalmente desaparición de las necesidades humanas en el juego de discursos, poderes y prácticas de apropiación, requiere mirar nuevamente el espacio de despliegue de los medios de producción y adquisición de los satisfactores. La cuestión puede enunciarse de manera simple pero adquiere complejidades enormes al profundizar en ella: el derecho requiere y parece dirigirse a una materialización de condiciones humanas de existencia, sin embargo su juego de abstracción y la postergación del derecho estatal a la lógica del mercado torna difusa e inasible esas condiciones para la inmensa mayoría de la población, poniendo en riesgo su subsistencia efectiva pero también el límite mismo de posibilidad de alcanzarla o mantenerla. La regulación jurídica del acceso a las necesidades se vuelve inane, obsoleta e inútil. En el paradigma del derecho esencialmente como norma, “el orden legal se muestra ciego ante las privaciones de los marginado, sordo frente a sus reclamos, o carente de voluntad para remediar las humillaciones que padecen”<sup>609</sup>.

Volveré más tarde sobre ésta reducción de los satisfactores a bienes e inversión de las necesidades humanas a problemas de consumo y las relaciones de ello con lo jurídico. Pero esta discusión requiere algunas cuestiones previas: primero re visitar las teorías de las necesidades más relevantes de la modernidad y su

---

<sup>608</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y Emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Pagina. 212.

<sup>609</sup> Gargarella, Roberto. *El derecho a resistir el derecho*. Miño y Dávila Editores. Buenos Aires. 2005. Página 36.

incidencia paradigmática en la construcción de los regímenes, relaciones y dispositivos que han conformado las sociedades modernas; segundo, visualizar una estrategia de necesidades y satisfactores que, distinta a ésta, pueda darnos luces para replantear la cuestión del acceso a los satisfactores en un juego distinto de las mediaciones del trabajo y la comprensión de lo jurídico. Solo entonces podremos replantear la pregunta de otro modo, no de valores para los bienes sino una de primacía de los bienes sobre la forma.

### **Necesidades humanas y formas de satisfacción.**

Conviene entonces examinar algunas de las teorías de las necesidades disponibles, sus lógicas de constitución, ejercicio y desarrollo; analizar de que manera concurren a la satisfacción efectiva de ellas, de qué manera aparecen mediadas o bien por la esfera de la producción y el trabajo, o bien por la esfera de la forma derecho que constituyen esas formas de relaciones - a su vez de poder institucional y biopolíticas- que inciden en el reparto y apropiación de los satisfactores que concretizan situaciones de derechos efectivos y no formalmente abstractos.

Sin embargo esto también requiere adoptar una precaución en su tratamiento, ya que nuevamente hemos de advertir como la potencialidad del problema para la sociabilidad en una alteridad colectiva, se disuelve en su aplicación a las propuestas de desarrollo y gestión que mantienen una perspectiva individualista, etapista, progresiva y psicologista de las necesidades.

Así por ejemplo, y no obstante que los psicólogos señalan nuevas y más recientes perspectivas en los aspectos motivacionales de los comportamientos, como las de la inteligencia emocional por ejemplo<sup>610</sup>, basta abrir internet para encontrarse como las propuestas de gestión empresarial y de organización del

---

<sup>610</sup> Para un resumen de las teorías sobre Psicología y Motivación, puede verse <http://reme.uji.es/articulos/abarbe7630705102/texto.html> (26 Enero del 2008)

trabajo siguen razonando básicamente sobre la propuesta que el psicólogo estadounidense Abraham Maslow formulara en el año 1954<sup>611</sup> en la exposición de su pirámide de organización de las necesidades humanas.

Como puede recordarse, en ella Maslow agrupaba a las necesidades humanas en cinco categorías, a las que luego en 1971 agregaría dos más, constituyendo entonces un sistema compuesto por las necesidades fisiológicas, de seguridad, sociales, de autoestima, de autorrealización, de saber y comprender y de necesidades estéticas. Sustentaba su propuesta en que teniendo el ser humano una gama de necesidades, estas durante su vida cambian o evolucionan en una relación de jerarquía y ascenso dentro de la organización piramidal de éstas, pasando de las primarias a las superiores, las que se vuelven imprescindibles para el sujeto.

En la medida que el ser humano está constituido y compuesto por un cuerpo físico, un cuerpo sociológico y un cuerpo espiritual, cualquier repercusión o problema que ocurre en cualquiera de estos cuerpos repercute automáticamente sobre el resto de los cuerpos de la estructura. La solución al respecto la encuentra en el concepto de jerarquía, para así darle orden a las necesidades a nivel del cuerpo físico, sociológico y espiritual. Organizadas en una forma piramidal de satisfacción, Maslow plantea que cuanto más elevada es la necesidad menos imprescindible es para la supervivencia del individuo, que a medida que se cubren las necesidades superiores existe un mayor nivel de supervivencia de la persona, que cubiertas las necesidades superiores se producen resultados subjetivos más deseables, como más felicidad, pero depende de cada individuo la forma en que se manifiestan, ya que subir en la pirámide de necesidades requiere a su vez una serie de condiciones externas para la cobertura de las necesidades superiores, ya que son precisas unas condiciones muy buenas para hacer posible la autorrealización. La satisfacción de las necesidades inferiores en cambio es mucho más palpable, más tangible y puede ser medido en términos cuantitativos. Las necesidades superiores en cambio son desarrollos de evolución tardía; son menos exigentes y se pueden retrasar por el cumplimiento de las necesidades previas y de mayor importancia para la subsistencia. Así, para llegar de las necesidades fisiológicas a las de autorrealización se requieren una serie de condiciones que permitan ese paso hacia

---

<sup>611</sup> Al respecto ver Maslow Abraham. *Motivación y Personalidad*. Editorial Díaz de Santos. 1991.

la jerarquía y la eficiencia. Los hombres que logran la autorrealización óptima pueden considerarse seres íntegros.

Conviene tener a la vista el diagrama piramidal con que Maslow expone su teoría para comprender gráficamente lo que expresa su simbólica:



Ilustración 11. Pirámide de Maslow.

En el lenguaje de Maslow, una necesidad es algo imprescindible para el desarrollo y el buen funcionamiento del ser humano, es un algo que se necesita satisfacer, ya sea de manera física, psicológica o espiritual, dependiendo de cuál de ellas dentro de la pirámide el hombre desee satisfacer. Todas las necesidades del individuo son igualmente importantes, lo que varía es el grado de urgencia de la necesidad y las necesidades que el hombre haya saciado anteriormente. El hombre nace con necesidades innatas o hereditarias que son las fisiológicas y a medida que va creciendo y desarrollándose comienza la búsqueda de nuevas necesidades de nivel superior, en que cada hombre tendrá una manera diferente de satisfacerlas, lo que dependerá de cada persona, ya que habrán personas motivadas por buscar la satisfacción de las necesidades fisiológicas y de seguridad, así como habrán otras

que solo buscaran satisfacer las necesidades de autorrealización, tratando de satisfacer de manera rápida las necesidades inferiores. Las necesidades no satisfechas influyen en el comportamiento y en los objetivos que tenga cada hombre a lo largo de su vida. Las necesidades más bajas requieren un patrón que es más rápido y más fácil de saciar, ya que es mucho más accesible conseguir alimento y seguridad, que estatus social, realización o reconocimiento en alguna obra hecha por alguien.

Para alcanzar los niveles superiores se necesita mucho más tiempo y que el individuo realice más esfuerzo y más dedicación que para los niveles inferiores de la pirámide. Un obstáculo para satisfacer una necesidad o la falta de satisfacción de una por completo, puede llevar a la persona a la frustración, convirtiéndose en una gran amenaza psicológica para el individuo, que lo puede incluso llevar a atentar contra su vida o la del resto de las personas que lo rodean.

Como puede apreciarse, la propuesta de Maslow, más allá de cuantos tipos de necesidades reconocibles puedan para efectos de clasificación establecerse, pone de manifiesto la relación temporal y espacial de las necesidades en los individuos, la urgencia en la satisfacción de unas, indispensables como sustrato material para la existencia de éste ser más o menos motivado en alcanzar metas superiores. Sin embargo adolece de integralidad, organiza su sentido jerárquicamente, reconociendo solo una integración vertical de las acciones y potencialidades humanas, negando toda sinergia, toda simultaneidad, toda relación y concurrencia holísticas de las necesidades, la voluntad y las actualizaciones de los sujetos, estableciendo un criterio etapista, progresivo y lineal de desarrollo. De la misma forma y no obstante sus referencias a la condiciones de entorno para el desarrollo de los individuos y su ascenso en la integralidad piramidal de autorrealización, su perspectiva sigue siendo radicalmente individualista, centrada en manifestaciones volitivas capaces de decidir por sí solas el ascenso, en una disposición de decisiones racionales que mantienen la tensión de lo psíquico como algo que transita exclusivamente entre la normalidad y la patología, olvidando que toda voluntad, toda racionalidad y toda organización implica, además de un contexto socio histórico y material, relaciones de poder insoslayables, como lo ha demostrado Foucault en sus estudios sobre poder y normalización de los sujetos.



A la hora de un análisis crítico de su propuesta se puede ser incluso contextualizadamente condescendiente con éste tipo de posturas en cuanto a su etapismo lineal, propio de la modernidad y de una de sus épocas más eufóricas, como era la del desarrollismo capitalista norteamericano de los años posteriores a la segunda guerra mundial, en que nociones actuales como la sinergia, interrelación e interpenetración de los fenómenos entre ellos y con el observador no habían sido formuladas cabalmente o no se encontraban plenamente desplegadas. Incluso, más allá del sustrato evidentemente individualista de ésta perspectiva, puede entenderse por haberse centrado en la lógica terapéutica y clínica del trabajo de su autor. Sin embargo, como ya señalé, cabe la observación del preguntarse el por qué más de medio siglo después, habiéndose por una parte continuado la lógica de acumulación del capital hasta extenderse a escala transnacional, y por otra, habiéndose verificado cambios estructuralmente sustantivos en la forma como ese primer proceso se ha desarrollado, y de cómo se han modificado los elementos materiales, sociopolíticos y simbólicos en la interrelación de los colectivos humanos en la primera década del siglo veintiuno, la mirada de Maslow sigue siendo citada como base de las propuestas organizacionales de la empresa, el capital humano y los recursos que los vinculan.

A mi entender la persistencia de las miradas psicologistas y funcionalistas como ésta, así como otras que desarrolladas en una era del capitalismo anterior al neoliberalismo, radican en el hecho que el elemento ideológico que las constituye, su individualismo abstracto, permite mantener en la opacidad las contradicciones y los fundamentos materiales de las inequidades reales de las sociedades en que nos desenvolvemos sustituyéndolas por las predefiniciones ideológicas que acaban por sustituir a esa realidad. La persistencia de estos argumentos centrados en la voluntad como susceptible de racionalidad y autonomía radica en una intención positiva de mantener un control ideológico sobre las posibilidades de crítica a las prácticas actuales de exclusión, como si las circunstancias históricas de opresión no hubiesen a la vez mantenido una constante en medio de una vorágine de cambios. Se opera como si las desigualdades materiales no dependiesen de los contextos históricos sino de ajustes técnicos por concretar y de voluntades individuales en

proceso de adaptación a esos ajustes. La autonomía de la voluntad como fundamento sustituye a la autonomía de la realidad.

Lo anterior continua encubriendo la gran trampa de la epistemología de la subjetividad abstracta planteada en la constitución de la modernidad y que, en alianza con la ideología liberal permitía darle una función muy concreta en su contexto histórico: constituir una nueva episteme, un nuevo marco paradigmático que permitiese instalar el capitalismo como una alternativa nueva y deseable frente al absolutismo pre moderno. Era necesario implantar un orden para sustituir una racionalidad por otra. Al observar ese proceso histórico gestado desde los siglos quince y dieciséis, es que puede apreciarse con meridiana claridad como en verdad, sobre una nueva justificación ideológica del sujeto autónomo se estaba a su vez construyendo un nuevo esquema de implementación, reproducción, sustentación y justificación del modelo de capitalismo liberal que ha dominado el mundo irradiado desde occidente. No se trata solo de una distinta forma de organizar intercambio económico, sino que la opción por teorías de las necesidades individualistas sigue encubriendo como a-histórico, definitivo y de única opción posible el origen político del orden capitalista moderno. Como señala Pietro Barcellona, al observar los inicios de la modernidad liberal capitalista puede apreciarse con claridad que con el desarrollo del pensamiento abstracto en verdad se estaba construyendo otro orden social: “Un nuevo sistema de satisfacción de las necesidades, fundado sobre las libertades individuales, (*que*) presupone y comporta un nuevo ordenamiento de la reproducción social”<sup>612</sup>.

Recordar esto adquiere manifiesta importancia en estos tiempos en que vía ideología, control casi absoluto de los medios masivos de comunicación social y biopolítica parece que todo planteamiento da igual, que todo es parte de un solo discurso que hace posible solo esta y no otra realidad. En éste orden de cosas se nos hace aparecer el que vivimos en un verdadero estado civilizacional desideologizado, último y aséptico, que el modelo epistémico y paradigmático implantado no tuviese fundamentos ideológicos concretos y en que las necesidades fuesen exclusivamente individuales. Se pretende con ello hacer olvidar que ese

---

<sup>612</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 45.

individualismo es precisamente ideología pura, construida y articulada en el orden moderno capitalista.

Es en esa perspectiva que conviene re visitar la teoría de las necesidades del capitalismo liberal para observarnos presos de ella, establecer puntos de discrepancia, diferencia y disidencia que preparen otra mirada sobre las necesidades humanas y los derechos que en ellas se juegan. La concepción de las necesidades reducidas a necesidades individuales que se satisfacen solo por bienes (mercancías) es en definitiva la que dio el significado no solo al espacio regulador de la vida de la economía y del derecho, provocando una reducción de la mirada jurídica a la lógica del contrato, del intercambio de bienes y de la economía como disposición de recursos con independencia de las personas involucradas en la cotidianidad de esos esfuerzos. Kant y Hegel constituyen marcos teóricos ineludibles del modelo de necesidades liberal aún vigentes y que juega sobre la base de un orden cada vez más hobbessiano, en que el absolutismo no es del monarca sino de las reglas de la economía neoliberal globalizada. Los Monarcas y la Corte han sido substituidos por los jerarcas de éste orden global, los tecnócratas del economicismo y los líderes políticos del norte hegemónico.

Comencemos por fijar un marco teórico previo que nos permita encuadrar los análisis del pensamiento de los autores y propuestas que tenidas a la vista permitan conectar posteriormente con una propuesta de nuevas juridicidades. Para ese efecto adoptaré una formulación del concepto bajo el que se moverá, en tanto marco conceptual, el debate acerca de las necesidades como un sistema teórico/práctico orientado ideológica y políticamente.

Por **Teoría de las Necesidades** vamos a entender una propuesta teórica de articulación de carencias, bienes, satisfactores y potencialidades de desarrollo, en una correlación entre objetos materiales, decisiones políticas y sujetos participantes y/o ejecutantes de esas relaciones, dentro de una economía de acceso, apropiación y uso de esos bienes y decisiones, definida por un cuerpo de valores iniciales de instauración de ese orden, con una finalidad de producción del mismo así como de la reproducción de las relaciones de poder y las jerarquías inherentes pretendidas en dicho sistema de asignación de la totalidad de éstos elementos de intercambio.

Pretendemos evidenciar así el hecho que la forma en que desarrolla la asignación de bienes, satisfactores y decisiones sobre su uso, destinado a la satisfacción de las carencias sociales como al desarrollo potencial de ciertos y determinados sujetos, así como a la subordinación o exclusión de otros, no es fortuita ni natural, sino que responde a una predefinición valorica e ideológica, expresada en una serie de decisiones subsecuentes que forman y mantienen las relaciones de poder y de intercambio que en un modelo social determinado se producen. Evidenciar ese juego de saberes, poderes, dispositivos y ejercicios parece esencial para iluminar la opacidad que el modelo liberal de sociedad, profundizado por el ultra funcionalismo neoliberal, pretende imponer como alternativa única de mirada y de sentido, dentro de las cuales deben necesariamente desarrollarse todas las acciones humanas y las decisiones al respecto.

### **El modelo liberal:**

Aun cuando no se encuentren formuladas en una Teoría de las Necesidades, como un todo ordenado y sistemático en una determinada fuente unitaria, a la luz del marco teórico que señalamos es posible reconstruir sus enunciados y exponerlos. En específico, respecto de la teoría liberal, aparentemente difusa y no organizada al respecto, como subsumida en un naturalismo, exponerla en esta perspectiva permite apreciar lo que en tanto ideología encubre sobre la realidad material.

A pesar de esa aparente falta de sistematicidad, en la constitución de ese modelo económico, jurídico, antropológico y político que es el liberalismo, subyace su propia teoría de las necesidades contenida en las formulaciones filosóficas de la modernidad, del idealismo y del sujeto abstracto. Coherente con eso, en la tradición teórica liberal las necesidades recaen y se encarnan en el sujeto. Se trata de un movimiento lógico de fragmentación del poder del orden total del absolutismo monárquico anterior por la vía de la constitución de un nuevo actor capaz de romper desde abajo el régimen de sociedad pre moderno. La irrupción del sujeto entonces

es un triple movimiento paradigmático de ruptura, institución y constitución de un orden.

Este sujeto no es ni el sujeto carente de las materialidades concretas ni el sujeto deseante y sus potencias, sino uno concebido en y desde la abstracción idealista, un ente a priori, capaz de decidir sobre la base de su propia voluntad su relación con el mundo a partir de la potencia de su patrimonio como base de desenvolvimiento que lo instala pero también lo escinde del mundo de los objetos. Ese juego de dominio y presencia ontológica patrimonial sobre lo material es lo que le permite desplegarse en tanto ser universal para relaciones afines, como particularizarse en individuo privado, propietario y su voluntad sobre ésta, que es él mismo. Como señala Barcellona, la idea de sujeto abstracto en su relación con las cosas que constituyen la materialidad es en verdad “el presupuesto para la constitución de una distancia”<sup>613</sup> entre su voluntad y la naturaleza que lo ponga en relación de sometimiento y apropiación de ésta para la materialización en su acto de apropiación de su subjetividad que se realiza en el intercambio económico como ejercicio y en el contrato que formaliza ese intercambio. “En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad de propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna”<sup>614</sup> en un sentido en que si lo que constituye es esa propiedad, todo en él se dirige a la apropiación de bienes que le permitan completar sus carencias, llamadas por éste necesidades, ya que lo que queda en juego no es solo su existencia cotidiana sino su ontología misma. Sin mercancías y bienes no solo hay carencias sino que deja de haber el sujeto mismo, ya que su voluntad carece de destino al cual dirigirse. En éste sentido entonces “la satisfacción de las necesidades fundamentales para la supervivencia se convierta por fin en un hecho exclusivamente privado, estructurado según la técnica de la apropiación y utilización de la naturaleza y del libre intercambio de las mercancías.”<sup>615</sup> Hacía allá se dirige y ordena su voluntad.

---

<sup>613</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 43.

<sup>614</sup> Barcellona, Pietro. Op. cit. Página 90.

<sup>615</sup> Barcellona, Pietro. Op. cit. Página 64.

Esa voluntad abstracta que adquiere autonomía dentro de un orden que fija el *principio de libertad* dentro de un sistema de leyes, que a su vez garantiza no un juego de libertades articuladas sino un sistema de sujeciones a ese orden, se concretiza en el juego contractual dirigido por su voluntad propietaria. La racionalidad de ese orden, racionalidad que denota al sujeto, es precisamente una que permite aquello que le sirve a su sistema privado de relaciones, bajo un concepto supremo del deber en tanto ley universal y particular que rige esas relaciones, donde las necesidades se vuelven parte del intercambio y no el fin de éste. Por sobre la materialidad contextual prima la voluntad abstracta sin contexto, que se hace consistir en decidir sobre la adecuación de las conductas, de las materialidades, del mundo inteligible a esas leyes universales y particularidades sobre las que descansa la razón propietaria. Todo, incluidas la forma de satisfacer las carencias, se realiza en una doble adecuación a la posesión de los bienes necesarios y a su disponibilidad en base a preceptos imperativos de las leyes abstractas del valor moral, que determina la jerarquía de procedencia en base a un criterio de moralidad y no de necesidad. Cumplir el deber, de producción y reproducción del orden contractual propietario es superior y previa a la satisfacción de lo necesario y a la felicidad como objetivo.

Si el sujeto es su voluntad, productora y guardiana del orden que instituye, el del cumplimiento de un deber que satisface ese orden - el del sujeto propietario - propiedad y voluntad son los pilares de toda sociedad, la ley fundamental de ese orden, cualquiera sea su contexto y sus necesidades efectivas.

Señalaba Kant al respecto: “La autonomía de la voluntad es el estado por el cual esta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer”<sup>616</sup>, sustentada sobre la idea del deber en tanto ley e imperativo categórico no disponible ni sujeto a relatividades, sino en una relación de legislador autodefinido, que dispone para sí y para la universalidad en un mismo acto racional que al decidir debe “hacer completa abstracción de todo fin a

---

<sup>616</sup> Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 119.

realizar”<sup>617</sup> y de toda relación ajena a su misma definición predeterminada, ya que fundada en el imperativo categórico del deber “quedará, pues, indeterminada con respecto a todos los objetos y contendrá solo la forma del querer en general como autonomía”<sup>618</sup>, que es lo que permite hacer sinónimos voluntad y libertad. Y ello es solo posible por cuanto las relaciones entre sujeto, bienes y necesidades no queda - en verdad - fijado por las carencias de la supervivencia material sino de la constitución metafísica de su realización en un primer momento abstracto y en un segundo momento propietario. El sujeto, su libertad y autonomía requieren no los condicionamientos del mundo sino la primacía de un mundo ininteligible salvo por la racionalidad que lo reconoce como perfecto por sobre las imperfecciones humanas y las empiricidades materiales de la carencia real. Se trata de un sistema de obligatoriedades por el cual los elementos de la realidad se subordinan a sus conceptos, en que “se conocen objetos completamente a priori”<sup>619</sup> y se asignan en base a un orden también racional también a priori y jerarquizado con independencia de las necesidades o las voluntades cotidianas del sujeto.

Hay allí toda una disposición de elementos jerarquizados y ordenados en su sentido de producción de su propio orden, en que las necesidades son subordinadas a la autogeneración del sistema que las produce y las resuelve. En esa economía, la inclusión o exclusión queda dada al propio sujeto en la medida que éste, soberano sobre si y su patrimonio que lo justifica, puede posponer el apremio de las carencias para cumplir con el deber universal de la ley de la razón. Las carencias, las necesidades, el contexto de realidad pierden valor. El valor moral del hombre, aquello que lo justifica en tanto sujeto depende del cumplimiento del deber y no de los apremios de la materialidad en que se desenvuelve, de manera que en cumplimiento de la ley natural la razón, decidirá siempre por el deber frente a la felicidad, solo entonces la razón es justa: “resulta que el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una verdad buena, no en tal o cual sentido, como medio, sino buena en sí misma”<sup>620</sup>. Esta ontología del deber se concreta con

---

<sup>617</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 116.

<sup>618</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 126.

<sup>619</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 48.

<sup>620</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 57

independencia del mundo, se trata “de una buena voluntad digna de ser estimada por sí misma y sin ningún propósito exterior a ella, tal como se encuentra ya en el sano entendimiento natural, que no necesita ser enseñado sino ilustrado; para desarrollar éste concepto que se haya en la cúspide de toda la que tenemos de nuestras acciones y que es la condición de todo lo demás, vamos a considerar el concepto del deber, que contiene el de una voluntad buena, aunque bajo ciertas restricciones y obstáculos subjetivos que, sin embargo, lejos de ocultarlo y hacerlo incognoscible, lo hacen resaltar por contraste y aparecer con mayor claridad”<sup>621</sup>.

Para que aparezca con un poco de mayor claridad el orden de éste sujeto, basta interrogar un poco más al mismo Kant, inquiriéndole por cómo concibe ese sistema de necesidades y realidad en que el sujeto interactúa, y puede empezar a verse con claridad el sistema que propone y que servirá de base para las construcciones teóricas que completarán su tarea.

Como ejemplo del paradigma de la disyunción que ya habíamos denunciado al inicio de éste trabajo, Kant nos propone el juego de mundos, el de la realidad versus el verdadero, el ininteligible que ya hemos mencionado, ordenando en ese juego el problema de las necesidades: “El esquema de la realidad es la existencia de un tiempo determinado. El esquema de la necesidad es la existencia de un objeto en todo tiempo”<sup>622</sup>, de manera que se trata no de necesidades en el plano de la realidad sino en el mundo permanente de lo ininteligible, donde “la necesidad finalmente no es más que la existencia que está dada por la posibilidad misma”<sup>623</sup>, fuera de toda relación de causalidad, que es el plano de la materialidad imperfecta, en que las relaciones de las comunidades imperfectas deben ajustarse al plano de lo esencial, racionalmente constituido. O como él mismo lo explica “la necesidad que podemos conocer no es la de la existencia de las cosas (sustancias) sino la de su estado y ello a partir de otros estados que son dados en la percepción según las leyes empíricas de la causalidad”<sup>624</sup>, percepción que se escapa y se aproxima en el juego de

---

<sup>621</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 58.

<sup>622</sup> Kant, Emmanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Taurus. México. 2006. Página 187.

<sup>623</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 116.

<sup>624</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 250.



ordenación de ambos mundos, el de la razón pura y el de la realidad, donde la comunidad se plantea como un accidente necesario de ordenar, de regular “la causalidad recíproca de la sustancia respecto de sus accidentes (que es) la coexistencia de las determinaciones de una en relación con las de las otras conforme a una regla universal”<sup>625</sup>. Frente a la pregunta de coexistencia de realidad y necesidad “la libertad puede guardar relación con condiciones de tipo completamente distinto a las de la naturaleza”<sup>626</sup>, ordenadas por la ley universal que emana, rige u dirige al sujeto, una ley moral que no mezcla los principios puros con los principios empíricos, una ley que “sirve de principio a la voluntad, y así tiene que ser si el deber no debe reducirse a una vana ilusión y a un concepto quimérico”<sup>627</sup>, ley que debe valer para todos los seres racionales “y solo por eso ha de ser una ley para todas las voluntades humanas”<sup>628</sup>. En ese juego de voluntad legisladora “La autonomía de la voluntad es el estado por el cual esta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer”<sup>629</sup> y que en definitiva consiste en que “el principio de la felicidad resulta ser el más rechazable”<sup>630</sup> porque aparta al hombre de la bondad que lo determina y constituye como sujeto de razón, ya que “cuanto más se preocupa una razón cultivada del propósito de gozar de la vida y alcanzar la felicidad, tanto más se aleja el hombre de la verdadera satisfacción”<sup>631</sup>, que solo se alcanza por el deber.

¿Quién es en definitiva este sujeto capaz de razonar posponiendo las necesidades coyunturales por el principio del deber, que le permite ser sujeto constituyente de las relaciones sociales que lo hacen bondadoso fuera de toda empiricidad? La respuesta claramente es la de uno racional con facultad de ordenar

---

<sup>625</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 187.

<sup>626</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 478.

<sup>627</sup> Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 65.

<sup>628</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 98.

<sup>629</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 119.

<sup>630</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 122.

<sup>631</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 56.

sus decisiones sin el apremio de las carencias empíricas y cotidianas, posibilidad en definitiva restringida al que puede darse el lujo de razonar con calma frente a la coyuntura, ya que goza en su materialidad cubierta y satisfecha. En definitiva el individuo propietario.

Las bases del sistema de necesidades del liberalismo estaban echadas: en el reino de la libertad el único capaz de conocer y satisfacer la ley universal de lo humano es aquel que entiende y ordena sus necesidades en base el deber de lo ordenado y no a las urgencias que plantean el deseo o la carencia. Un ser individualmente tan lleno de sí, ontológica y teleológicamente, que deviene en pilar de una nueva sociedad de sujetos propietarios y contratantes, la sociedad civil. Una economía de decisiones y objetos que enfrenta por subsunción a la ley racional abstracta el problema material de los bienes: “los bienes son raros y son inestables porque son raros. De ahí, pues, que la propiedad reclame un legislador y un Estado”<sup>632</sup> que asegure y garantice la mantención de esa racionalidad interna, esencial del régimen, constituida sobre los pilares de la propiedad y la razón en su pacto social constituyente. Como señala Deleuze sobre éste pacto “La convención de propiedad es el artificio por el cual las acciones de cada cual se relacionan con las de los otros. Es la instauración de un esquema, la institución de un conjunto simbólico o de un todo... (Se trata de un lenguaje en que) La Razón se presenta aquí como una conversación de los propietarios”<sup>633</sup>

Será más tarde Hegel, en una concepción ya definitivamente moderna y en una perspectiva claramente política quién terminará por establecer y consagrar el modelo de la Idea liberal y su sistema de necesidades, de acumulación y de decisiones sobre éstas: la sociedad civil, las asociaciones de particulares de los individuos entre sí vinculados contractualmente reproduciendo el orden propietario, será no solo la forma ideal de lo social y lo político, sino además el medio y fin de satisfacer las necesidades humanas. El punto de partida, nuevamente el individuo propietario.

---

<sup>632</sup> Deleuze, Gilles. *Empirismo y subjetividad*. Gedisa Editorial. Barcelona. 2002. Página 51.

<sup>633</sup> Deleuze, Gilles. Op. cit. Página 37.

“La persona concreta es para sí misma un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades y mezcla de necesidad natural y arbitrio, es uno de los principios de la sociedad civil. Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que solo se hace valer y se satisface por medio de la otra y a la vez sólo por la mediación de la forma de la universalidad que es el otro principio.”<sup>634</sup>

En otras palabras individualidad y contrato, particularidad y forma de lo universal son la lógica de construcción de la sociedad civil, esa diferencia y espacio de reproducción que aparece entre la familia y el Estado. Sin embargo esa vinculación no es de solidaridad o de inclusión, sino excluyente: “En la sociedad civil cada uno es un fin para sí mismo y todos los demás no son nada para él. Pero sin relación con los demás no puede alcanzar sus fines; los otros son, por lo tanto, medios para el fin de un individuo particular”<sup>635</sup>.

En éste modo social, en que “promoviendo mi fin promuevo lo universal, que promueve a su vez mi fin”<sup>636</sup>, donde la satisfacción de las necesidades subjetivas “alcanza su satisfacción, es decir, su satisfacción, por medio de a) cosas exteriores que son igualmente la propiedad y el producto de otras necesidades y voluntad, y b) de la actividad y el trabajo como lo que media entre los dos aspectos”<sup>637</sup> se concibe todo a la manera individual atomista, no sólo que las necesidades son individuales, radicalmente subjetivas, son que también a cada necesidad le corresponde un bien con el cual se satisface.

La relación entre particularismo subjetivo y bienes, entre necesidad y fin, entre trabajo y necesidad queda claramente develada por Hegel cuando señala que “Del mismo modo se dividen y multiplican los medios para las necesidades particularizadas y en general los modos de satisfacerlas, que devienen a su vez en fines relativos y necesidades abstractas (el subrayado es nuestro)... Las

---

<sup>634</sup> Hegel G. W. Friedrich. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona. Edhasa. 1999. Página 303.

<sup>635</sup> Hegel G.W. Friedrich. Op. cit. Página 303-304.

<sup>636</sup> Hegel G.W. Friedrich. Op. cit. Página 305.

<sup>637</sup> Hegel G.W. Friedrich. Op. cit. Página 311.

necesidades y los medios son, en cuanto existencia real, un ser para otro, cuyas necesidades y cuyo trabajo condicionan recíprocamente la satisfacción”<sup>638</sup>.

En la sociedad del individualismo, en que “La prevención contra la contingencia subsiste en aquel sistema y el cuidado de los intereses particulares como algo común por medio del poder de la policía y la corporación”<sup>639</sup> y para la realización de la libertad se requiere “la protección de la propiedad por la administración de justicia”<sup>640</sup>, la única mediación propia entre necesidad subjetiva y bien particular es a su vez el trabajo individual: “la mediación que prepara y obtiene para las necesidades particularizadas medios adecuados igualmente particularizados es el trabajo”<sup>641</sup>. Ese trabajo, mediado por la mediación formal del contrato, es la única posibilidad de participar en la adquisición de bienes mediante un sistema de concurrencia siempre individual a lo social, mundo de particularidades nunca solidarios ni integrados sino divididos en un conjunto de “sistemas particulares de necesidades, medios y trabajo, de modos de satisfacción y de cultura teórica y práctica, en las que se reparten los individuos, dando lugar a la diferencia de clases”<sup>642</sup>. Diferencia de trabajos, de funciones y de patrimonio, para que todo siga funcionando. Más claro imposible: la sociedad liberal es una propuesta de diferencias sociales necesarias consagradas.

Nuestro sistema de regulación y reproducción de lo material y lo simbólico está lleno de éste individualismo, diluido en la formalidad y la abstracción, traficando individualismo y egoísmo incluso en aquellas reivindicaciones y regulaciones que se dirigen a la obtención de los medios materiales que supuestamente van a satisfacer cada necesidad por separado. En ese juego de mantener las necesidades y su satisfacción mediadas, por el trabajo primero y por la apropiación de bienes individuales después, en un juego de relaciones interpersonales no colectivas sino

---

<sup>638</sup> Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 314.

<sup>639</sup> Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 311.

<sup>640</sup> Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 310.

<sup>641</sup> Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 317.

<sup>642</sup> Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 320.

individuales, auto referentes, bajo la forma del contrato, el trabajo aparece como inherente pero no para sí mismo en tanto actor y acceso a los bienes, sino en beneficio del capital disfrazado de abstracción y sistema único de necesidades y de medio de obtención de satisfactores.

Por ejemplo, y ya directamente en el ámbito de la producción y el intercambio, el cuales son y él como el trabajador satisface su capacidad de reproducción vital, la disputa pasa a ser un debate abstracto acerca de qué tipo de obligación ha quedado plasmada en los contratos de trabajo y que prestaciones se involucran en esa obligación, de manera que se reduce la multiplicidad y complejidad de la vida humana a la reducción económica de la oferta y la demanda y la capacidad para ofertar o demandar, lo que depende del salario que remunera solo la reproducción del capital y no la sustentabilidad de lo humano como fin y como proceso holístico. De ésta forma, en el juego de oferta y demanda la necesidad social queda delimitada y encubierta por la mercancía. Como señalaba Ágnes Heller a propósito de las necesidades y de la relación capital-trabajo, “La necesidad social referida a la demanda es por tanto mera apariencia que no expresa las necesidades sociales reales de la clase obrera, e incluso las transfigura en su contrario”<sup>643</sup>.

Al contrario de la división tradicional que se realiza para la enseñanza en las escuelas de derecho, en cuanto a la existencia de un derecho público que regularía al estado y de un derecho privado que regularía a los particulares, lo que en verdad la idea patrimonial e individualista de los derechos y los bienes lleva consigo es un verdadero **orden público contractualista de mercado**, regulado, resguardado y protegido, amparando un reduccionismo de las necesidades a la individualidad de los contratantes y sus posibilidades de intercambiar en base a su patrimonio de inicio del contrato, formalmente equivalente. No se trata de revisar ni las verdaderas necesidades, ni la real situación material de los participantes del intercambio, sino que se constituye una nueva verdad que es a la vez mito fundante y deber ser de operabilidad de las relaciones que el orden público va a garantizar y a proteger. Una suerte de falacia naturalista racionalizada, en que se establece que lo que debe ser se hace operar como si fuese la realidad. Esa verdad construida ideológicamente

---

<sup>643</sup> Heller, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona. Ediciones Península. 1998. Página 82.

y puesta como fundamento último en un supuesto acuerdo esencial previo, no susceptible de volver a ser discutido, reza que las relaciones se dan siempre entre individuos, que al encontrarse en idéntica situación de intereses y de administración de su economía (activos y pasivos, deseos y necesidades) sabrán que hacer y buscarán, en la forma racional de los contratos, como acceder a esos bienes y satisfacer esas necesidades, lo que puede expresarse en una verdadera fórmula matemática de equivalencia en repetición permanente: un individuo, una necesidad, un bien satisfactor, un contrato que cierra con otro punto idéntico el circuito del intercambio en un contrato.

A esa actividad de lo social, que es en definitiva el constructo del liberalismo, el derecho en tanto organizador pero también en tanto amenaza de coerción, debe prestar toda su fuerza para mantener el orden público. En ese orden, la protección de la propiedad, de la cosa que ella llevaría en sí y que es convertida en bien, resulta la máxima expresión de la protección de la misma personalidad del contratante, indisociable a él, puesto que “la propiedad que se deposita en una cosa exterior, la voluntad, en cuanto reflejada en ella, es al mismo tiempo capturada por la cosa y sometida a la necesidad”<sup>644</sup>, es en ella y su protección que radica la libertad y la sociedad. Lo que se aparta de esas reglas del juego, consistentes en que es el derecho el que protege ese derecho particular que es la propiedad, debe ser criminalizado y sancionado pues es la definición liberal de la injusticia<sup>645</sup>. Para esa protección el Estado organiza sus fuerzas y sus acciones, para atacar el delito, donde “lo único que importa es que el delito deba ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho”<sup>646</sup>. Solo entonces los diversos estamentos que conforman el reino de la idea (el individuo, la familia, el pater, los contratantes que la expresan y se reproducen en la sociedad civil y el Estado) pueden estar seguros, puede mantenerse el juego y, mientras la

---

<sup>644</sup> Hegel G. W. Friedrich. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona. Edhasa. 1999. Página 179.

<sup>645</sup> “La autentica injusticia es el delito, en el cual no se respeta el derecho en si ni como se me aparece a mi, con lo que se lesionan ambos lados, el objetivo y el subjetivo” señala al respecto Hegel. Puede verse aca como el problema de la justicia (y con el él de las necesidades) no es una cuestión de relación social sino de la forma como se respeta o afecta la propiedad sobre la que recae la voluntad del propietario. Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 179.

<sup>646</sup> Hegel G.W. Friedrich. Op. cit. Página 186.

regla y la práctica de intercambiar mercancías que expresan la voluntad del individuo, por tanto su libertad, se mantengan y se permita contratar para satisfacer intereses y necesidades, que se hacen sinónimos. Para ello el Estado debe hacer valer su fuerza, su violencia organizada en la protección de la esencia misma de la sociedad, ya que vulnerar lo obtenido contractualmente u obtenerlo de manera distinta atenta contra el modelo ideal de intercambio y satisfacción. “La violación de un contrato por no cumplimiento de lo estipulado, o la violación de los deberes jurídicos de la familia o del Estado por una acción o una omisión, es una primera violencia, o por lo menos una fuerza en la medida en que retengo o sustraigo una propiedad que es de otro o lo privo de una prestación que le debo”<sup>647</sup> y que debe ser combatida por atentar contra el fundamento mismo de la civilización, con una violencia pedagógica que debe impulsarse contra salvajes y bárbaros. “Esta es la realidad efectiva del derecho, su necesidad que se media consigo misma por la eliminación de su lesión”<sup>648</sup>

Si se recapitula, puede verse entonces claramente en qué consiste esta Teoría liberal de las necesidades:

Los bienes, que son a la vez satisfactores de las necesidades, definen y construyen a los individuos, ya que son la expresión misma de la personalidad de ese sujeto, que construye sociedad mediante interrelaciones subjetivas uno a uno, empleando como andamio de esa sociedad de individuos propietarios la forma del contrato, los derechos y los deberes que de esa relación privada emanan y que alcanzan la esfera de lo público en tanto elementos esenciales de la vida en sociedad, por la garantía que les brinda la fuerza del estado para mantener el juego de la apropiación regularizada por la forma de expresión de su subjetividad, es decir su voluntad y libertad. Todo despliegue vital no se satisface en la materialidad sino en el cumplimiento de esa racionalidad que presupone propiedad que intercambiar. Si voluntad (personalidad), existencia (por tanto necesidad y satisfacción), interés y derecho (sociedad) se concretizan en la cosa que se eleva a bien social recubierta de derecho de propiedad, toda necesidad se satisface con una cosa que en tanto

---

<sup>647</sup> Hegel G.W. Friedrich. Op. cit. Página 180.

<sup>648</sup> Hegel G.W. Friedrich. Op. cit. Página 184.

bien completa esa existencia y esa personalidad, toda propiedad que me satisface requiere protección y garantía, un derecho público que de seguridad jurídica al individuo, sus necesidades, sus relaciones y sus bienes que lo constituyen. Todo aquel que se sale de éste proyecto, por carencia de capacidad jurídica y/o material merece ser re socializado en el orden racional que por medio de la pena retorna al bárbaro a la civilización<sup>649</sup>. Toda apropiación no contractual de los bienes es una contravención de las reglas de personalidad, existencia y necesidad y debe ser excluida y remitida al orden inicial. No hay sujeto (en tanto existencia primero ideal y luego vital), ni sociedad ni relaciones que la conformen que pueda darse fuera de éste juego: un individuo, un bien, un contrato.

Se trata de una propuesta centrada en el individualismo absoluto y en un verdadero uso del Estado como aparato de custodia y del derecho como legitimador, para establecer un orden público que protege y satisface lo privado, donde la libertad, la necesidad y los intereses de cada uno excluye la de los otros<sup>650</sup>. Formal en teoría, increíblemente real en la explotación cotidiana de millones, el intercambio de los bienes incluye a quienes los poseen y excluye a los bárbaros solo reinsertables penalmente. Construida sobre una moral formal que privilegia posesión sobre necesidad y llena las carencias con cosas para aumentar por acumulación la libertad. En definitiva, como ya lo señalaba Bakunin:

“En la sociedad Burguesa, fundada en la moral metafísica, cada individuo, por la necesidad o la lógica misma de su posición, aparece como un explotador de los demás, porque tiene necesidad de todos materialmente y no tiene necesidad de nadie moralmente. Por tanto cada uno, huyendo de la solidaridad social como de un estorbo a la plena libertad de su alma, pero buscándola como un medio necesario para el mantenimiento de su cuerpo, no la considera más que desde el punto de vista de su utilidad material, personal, y no le aporta, no de la más que lo que es absolutamente necesario para tener, no el derecho, sino el poder de asegurarse esa utilidad para sí mismo.”<sup>651</sup>

<sup>649</sup> Nuevamente Hegel esclarece el punto cuando señala que “Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se **honra** al delincuente como un ser racional”. Hegel G.W. Friedrich. Obra citada. Página 188.

<sup>650</sup> Así puede verse en la definición misma de derecho de propiedad, derecho ontológicamente formal, que por ejemplo, en el Código Civil chileno está establecido como un derecho real, lo que quiere decir que se tiene “sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (artículo 577), es decir excluyendo en términos absolutos a todo otro sujeto distinto al propietario.

<sup>651</sup> Bakunin, Mijaíl. *Dios y el Estado*. Santiago, Chile. Editorial Centro Gráfico Limitada. 2007. Página 36.



## La propuesta marxiana.

Frente a ese idealismo abstracto del liberalismo, sustentado derechamente en una sumatoria de egoísmos para producir un bien común, Carlos Marx planteó una re conceptualización del problema económico a partir de su análisis del funcionamiento del capital y las condiciones materiales de explotación que de él derivan, como una forma de construir un instrumento de emancipación de la clase obrera subordinada a los capitalistas, a su vez que establecer bases para un sistema social distinto al capitalismo. Obraba convencido que lo necesario era encontrar las leyes económicas que presiden el funcionamiento de la sociedad capitalista como una forma de superar tanto la abstracción naturalista, como el voluntarismo individualista y las perspectivas legalistas que encubren esas premisas ideológicas<sup>652</sup>.

De ahí que para éste estudio, que intenta relevar la realidad frente a la abstracción y que pretende vincular al derecho, sus prácticas y la lucha por los derechos humanos con la lucha por la dignidad y la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, resulte necesario referirse a la propuesta marxiana, tanto para establecer los puntos de disenso con el abstraccionismo liberal, como para establecer sus limitaciones que provienen, a juicio nuestro, de su carácter moderno, en los términos que ya lo hemos discutido, pero que permite rescatar, en ese conocimiento de límites, el impulso emancipatorio que con ella trae, y con esto de qué forma puede aportar a la configuración de un nuevo pensamiento jurídico materialista y finalista.

Siguiendo la guía de Ágnes Heller, quién en su libro *Teoría de las Necesidades en Marx* intenta sistematizar a partir del pensamiento de Marx el

---

<sup>652</sup> Al respecto conviene citar la frase de la crítica del programa de Gotha que develando la raíz individualista del derecho liberal señala que “El derecho igual es, por tanto, aquí aún –según el principio- derecho burgués, aún cuando el principio y la praxis ya no vayan a la greña, mientras que el intercambio de equivalentes en el intercambio de mercancías solo es tal en promedio, no en cada caso particular”. Marx, Carlos, citado en *Marx Antología*. Edición de Jacobo Muñoz. Barcelona. Ediciones Península. 2002. Página 251.

sistema de necesidades que subyace en su crítica al capitalismo, así como de los textos del propio autor, es posible apreciar de inmediato que su análisis de situación arranca desde un locus radicalmente distinto al de los autores idealistas, centrándose en realidades, situaciones y actores concretos.

A diferencia de los teóricos del liberalismo, la producción de necesidades para Marx no se encuentra en la voluntad del sujeto sino en el contexto en que éste se desenvuelve, no se trata de un acto formal y abstractamente igualitario sino materialmente radicado, toda vez que “el lugar ocupado en el seno de la división del trabajo determina la estructura de la necesidad o al menos sus límites”<sup>653</sup>, de manera que en un sistema de relaciones mediado por el valor económico como principal fundamento de la acumulación y distribución de la riqueza, en la tensión capital-trabajo “las necesidades del trabajador aparecen como límites de la riqueza”<sup>654</sup>. De manera que no puede analizarse la satisfacción de éstas sin a su vez analizar el juego de poder que el capital realiza para su reproducción, donde el obrero no solo es despersonalizado, sino aún más, desubjetivizado, transformándolo ni siquiera en persona (otra abstracción del pensamiento jurídico liberal) sino en una verdadera pieza más del engranaje de la maquinaria destinada a reproducir, aumentar y expandir el capital. Señalaba al respecto Marx que “En la manufactura y en la industria manual, el obrero se sirve de la herramienta: en la fábrica, sirve a la máquina. Allí, los movimientos del instrumento de trabajo parten de él; aquí, es él quien tiene que seguir sus movimientos. En la fábrica, existe por encima de ellos un mecanismo muerto, al que se les incorpora como apéndices vivos”<sup>655</sup>.

Desnudando el abstraccionismo hegeliano puede decirse entonces que “El fin de la producción es entonces la valorización del capital y la satisfacción de las necesidades (en el mercado) consiste únicamente en un medio para ello”<sup>656</sup>, de manera que el verdadero fondo de los mecanismos sociales de satisfacción de las

---

<sup>653</sup> Heller, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona. Ediciones Península. 1998. Página 23

<sup>654</sup> Heller, Ágnes. Op. cit. Página 24

<sup>655</sup> Marx, Carlos. *El Capital: crítica de la economía política. Tomo I*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999. Página 349

<sup>656</sup> Heller, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona. Ediciones Península. 1998. Página 55.

necesidades no se produce ni en la mediación del instrumento contractual ni en el reino de la libertad del sujeto y su voluntad, ya que fuera del marco de la propiedad la libertad se vuelve ilusoria, condicionada, sometida; sin propiedad “la libertad individual es, por consiguiente, solo aparente: el particular elige los objetos de sus necesidades y plasma las necesidades individuales de acuerdo no con su personalidad, sino sobre todo con el lugar ocupado por él en la división del trabajo”<sup>657</sup>. Si no puede atenderse a las necesidades fuera del mundo material y de los bienes, “La necesidad del hombre y el objeto de la necesidad están en correlación: la necesidad se refiere en todo momento a algún objeto material o a una actividad concreta. Los objetos hacen existir las necesidades y a la inversa las necesidades a los objetos. Las necesidad y su objeto son momentos, lados de un mismo conjunto”<sup>658</sup>, en que todas las necesidades adquieren una forma única y homogénea: “La necesidad de tener es a la que se reducen todas las necesidades y la que las convierte en homogéneas”<sup>659</sup>.

Si es *el acto de tener* lo que hace homogéneas a las necesidades y si la forma en que éstas se manifiestan depende del lugar social del sujeto en la producción, el estado de propiedad y la posesión de las cosas que permiten satisfacer las necesidades mediante su tener adquiere un lugar central para la posibilidad de su satisfacción. La clase obrera, por la división del trabajo y por la privación de origen sobre las cosas, más el proceso y resultado de apropiación de esa propiedad a manos del capital, se encuentra permanentemente desprovista de la propiedad y la posesión de los bienes involucrados en el intercambio económico, la propiedad sobre los medios de producción de las otras cosas. Sin embargo es la forma misma de producción del capitalismo lo que va a producir un desequilibrio una desigualdad cada vez mayor en perjuicio de quien es propietario tan solo de su fuerza de trabajo. “El modo de apropiación capitalista, dimanante del modo de producción capitalista, y, por lo tanto, la propiedad privada capitalista, es la primera negación de la propiedad

---

<sup>657</sup> Heller, Ágnes. Op. cit. Página 58.

<sup>658</sup> Heller, Ágnes. Op. cit. Página 43.

<sup>659</sup> Heller, Ágnes. Op. cit. Página 65.

privada individual, basada en el trabajo propio”<sup>660</sup>. Ante la disparidad evidente de capacidad propietaria que se produce en la economía capitalista, esa misma desigualdad va a producirse en cuanto a la posibilidad de satisfacción de las necesidades de uno y otro actor económico, de manera que por la permanente reproducción del capital y su ciclo en su propio beneficio, esa desigualdad no se rompe sino que perpetua la brecha de inequidad entre quienes son propietarios capaces de acceder a mayores propiedades por un lado, respecto de aquellos que solo disponiendo de su fuerza de trabajo van viendo reducido su acceso a nuevas posesiones, incluso bajo el mínimo indispensable para sus necesidades básicas, naturales en términos de Marx. Por eso es que Marx denomina a las necesidades de los trabajadores como necesidades radicales, toda vez que “por un lado la sociedad capitalista reduce a tener y hace homogéneo en la avidez de dinero el sistema de necesidades tanto de la clase dominante como de la clase obrera (aunque de distinta forma); por otro, la sociedad capitalista genera necesidades radicales que contraponiéndose al sistema de las preexistentes las trascienden”<sup>661</sup>, formando una paradoja que es - en verdad - parte del modo de producción.

Las necesidades son para Marx *una categoría económico política* que no es parte del sistema económico mismo, sino que es en la relación de producción económica y en la producción social de clases que derivan del ejercicio de la economía capitalista donde estas se producen. De éste modo las necesidades para Marx son esencialmente individuales y adquieren colectividad en la medida en que participan de un modo de producción en que el capital organiza y somete a los miembros de la sociedad, individualmente en tanto trabajadores, al funcionamiento de la maquinaria capitalista, generando una convicción política oculta bajo la aparente naturalidad del juego de oferta y demanda. Se tratan las necesidades como “categorías antropológicas de valor, y por consiguiente no susceptibles dentro del sistema económico”<sup>662</sup> sino en las relaciones sociales y políticas que se generan a partir de la estructura de producción: “Las necesidades naturales, el alimento, el

---

<sup>660</sup> Marx, Carlos, citado en *Marx Antología*. Edición de Jacobo Muñoz. Barcelona. Ediciones Península. 2002. Página 461.

<sup>661</sup> Heller, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona. Ediciones Península. 1998. Página 66.

<sup>662</sup> Heller, Ágnes. Op. cit. Pagina 26.

vestido, la calefacción, la vivienda, etc. varían con arreglo a las condiciones de clima y a las demás condiciones naturales de cada país. Además el volumen de las llamadas naturales, así como el modo de satisfacerlas, son de suyo un producto histórico que depende, por tanto, en gran parte del nivel de cultura de un país y por sobre todo, entre otras cosas, de las condiciones, los hábitos y las exigencias con que se haya formado la clase de los obreros libres”<sup>663</sup>.

Las necesidades sociales en realidad adquieren su importancia y su evolución, positiva o negativa, en la medida que al avanzar desde lo individual a lo colectivo y al mejorar la ubicación social en la estructura de clases de los individuos, se permite la aparición de necesidades superiores a la básicas (intelectuales, gregarias, culturales) que se satisfacen o se mantienen subordinadas a la reproducción del capital y la apropiación de las mercancías por unos pocos en su modo de propiedad. “las necesidades sociales, es decir lo que regula el principio de la demanda, se halla esencialmente condicionada por la relación de las distintas clases entre sí por su respectiva posición económica; es decir, en primer lugar, por la proporción existente entre la plusvalía total y el salario, y en segundo lugar, por la proporción entre las diversas partes en que se descompone la plusvalía (ganancia, interés, renta del suelo, etc.)”<sup>664</sup>.

De éste modo, el acceso a los bienes, a la mercancía como satisfactor y la posibilidad de su posesión, es el verdadero punto de trabajo de la visión marxiana. Como el propio Marx lo sostiene al inicio del capital:

“La mercancía es, en primer término, un objeto externo, una cosa apta para satisfacer necesidades humanas, de cualquier clase que ellas sean. El carácter de estas necesidades, el que broten por ejemplo del estómago o de la fantasía, no interesa en lo más mínimo para estos efectos. Ni interesa tampoco, desde éste punto de vista, cómo ese objeto satisface las necesidades humanas, si directamente o como medio de vida, es decir como objeto de disfrute, o indirectamente como

---

<sup>663</sup> Marx, Carlos. *El Capital: crítica de la economía política. Tomo I.* Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999. Página 124.

Marx, Carlos. *El Capital: crítica de la economía política. Tomo III.* Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999. Página 185.

objeto de producción”<sup>665</sup> señalaba Marx. Lo que importa es su valor de uso dentro de una trama de apropiaciones, y como se convierten en valor de cambio: “El valor de uso solo toma cuerpo en el uso o consumo de los objetos. Los valores de uso forman el contenido material de la riqueza, cualquiera que sea la forma social de ésta”<sup>666</sup>, valor de cambio definitivamente marcado por el lugar en la distribución del trabajo y de los medios de producción de esas mercancías.

Como puede verse, las diferencias entre ambas propuestas, la liberal y la marxiana, son en su punto de partida radicales.

Los pensadores de la modernidad liberal construyeron una antropología abstracta, una elaboración de modelo social desde arriba, desde sus premisas ideológicas como fundamento no de base material sino simbólica. La noción de una idea de sociedad ideal, construida a imagen y semejanza del orden piramidal propietaria del pater familia, excluyente de quienes no son titulares de bienes y de quienes, por idéntica razón fáctica, carecen de expresión de voluntad para el intercambio contractual, que les permita constituirse en sujetos mediante la apropiación, exclusión que opera con selectiva abstracción en la sociedad, proponiendo igualación formal y disyunción material.

En la propuesta liberal la realidad es escamoteada, diluida, ocultada tras la argumentación de la igualdad formal y la fusión con las promesas de bienestar y subjetividad futura. La realidad material es disfrazada de orden y razón, los imperativos categóricos, las nociones idealistas de orden, de regulación, de reproducción de la sociedad civil transformados en acción política, en producción de derecho natural ilustracionista, en alianza con los sectores tradicionalistas, con tal de resguardar la propiedad privada, la forma de apropiación y los privilegios doctrinariamente denominados como derechos adquiridos. Lo que en verdad se esconde en esta propuesta de razón e idea es “un ordenamiento que aspire a conseguir una unidad puramente formal de una sociedad atomizada, dispersa en la

---

<sup>665</sup> Marx, Carlos. *El Capital: crítica de la economía política. Tomo I*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999. Página 3.

<sup>666</sup> Marx, Carlos. Op. cit. Página 4.

multiplicidad de las esferas individuales, (*el que*) solo puede coexistir con un sistema social en el que la satisfacción de las necesidades fundamentales para la supervivencia se convierta por fin en un hecho exclusivamente privado, estructurado según la técnica de la apropiación y utilización de la naturaleza y del libre intercambio de mercancías<sup>667</sup>.

Marx en cambio propone develar la base material del orden, establecer la propiedad y no la voluntad como punto de constitución de la subjetividad económica, social y política; radicar el proceso de formación social económica no en la abstracción del contrato sino en la división del trabajo; diferenciar las necesidades jerárquicamente y ordenarlas según la ubicación social de los titulares; señalar el nudo de articulación del intercambio no en el contrato ni en el choque de intereses de voluntad individual sino en la lucha de clases como lugar político de solución de los conflictos y de expresión de los intereses. Intenta contraponer a la abstracción la razón crítica de la formación y reproducción del capital, instalar una antropología que desde el individuo alcanza una síntesis, una producción de sentido colectivo en la constitución de tal como miembro de una clase social, que transita entre la subordinación al poder patronal dentro de la máquina del trabajo y su emancipación dentro y en la conciencia colectiva de su pertenencia a esa clase fundamental que debe practicar una razón de economía política radicalmente distinta a la de expropiación de la individualidad a que es sometida, al expropiársele su propiedad sobre su materialidad económicamente constitutiva, la de ser dueño de sí y su propia fuerza de trabajo. Estas diferencias, la de propiedad, plus valor, apropiación y participación; la identidad en el acto material de producción y en el acto simbólico de identidad política, esa recuperación de sí mismo, esa des-alienación en base a la reapropiación de su fuerza de trabajo, deshaciendo la opacidad de la actividad productivista que reduce al trabajador a engranaje; la radicalidad de las necesidades en el orden propietario y su paso hacia necesidades superiores que requieren de otro orden de acceso colectivo a condiciones de bienestar son las que establecen el carácter emancipatorio frente a la sociedad de exclusión, a la vez atomística que masiva, del liberalismo capitalista y contractualista.

---

<sup>667</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta. 1996. Página 64.

Resulta fundamental el destacar esta contraposición de supuestos, ya que son precisamente las luces u ocultamientos de esas materialidades las que acercan o apartan a los individuos de su subjetividad, de su emancipación y las condiciones de apropiación y reapropiación de su carácter productor del valor social. Se trata de recuperar esa pugna entra la disyunción abstracta impuesta con una falsa discusión sobre forma y fondo de las voluntades versus la materialidad de los procesos sociales, productivos y culturales, más aún en estos tiempos en que las perspectivas neo-contractualistas, las relaciones globales de producción y los métodos y objetivos de la economía financiera pretenden el uso de las redes de comunicación y la máquina virtual para mantener esa expropiación de realidad a que los individuos, los colectivos y las comunidades son sometidas. Parece Imprescindible reasumir, re observar y situar en contexto esa contraposición moderna, ya que con esos nuevos instrumentos ideológicos y financieros es que tras la promesa de bienestar del capitalismo pactado del siglo veinte, nuevamente, en el orden mundial global “se ha oscurecido la conciencia de que el trabajo (el hacer) humano sea la fuente de producción del valor social”<sup>668</sup>.

Recuperar el contexto es de suyo indispensable. Y eso implica poder analizar también las semejanzas de ese proyecto emancipatorio con su antagonista contextualizando ambos, descubriendo los trazos de identidad que de alguna forma obstan a su actualización como manera de romper con el modelo de pensamiento binario que los ubica en las antípodas, para establecer que tienen de común, que de modernos ambos y cuáles son los nudos que, estando hoy esencialmente vigentes los análisis de las bases del viejo ideario capitalista liberal, tanto de su funcionamiento productivo como de su capacidad permanente de rearticulación, restan fuerza antagónica al discurso de emancipación, manteniendo el juego de negaciones reabsorbibles en las premisas, redituando la crítica materialista no en la mercancía sino en la materialidad de la reapropiación social.

Pero de la misma forma que se rescata la potencia emancipatoria de la crítica marxiana del capital, no puede dejar de considerarse, reasumiendo nuevamente el

---

<sup>668</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla. Aconcagua Libros. 2005. Página 23.



contexto, los límites que la época de desarrollo de dicho pensamiento agrega a su propuesta, y como a partir de esos límites es posible re conceptualizar el problema de las necesidades, que es el de los satisfactores, del trabajo, de la ubicación social de los sujetos, de las relaciones de poder y de intercambios existentes y posibles. Esa nueva perspectiva se hace indispensable, primero porque los elementos esenciales que Marx denunciaba respecto del capital siguen siendo los constitutivos de la lógica de acumulación que hoy se extiende mundialmente; pero también porque esa máquina adquiere hoy niveles de producción biopolítica diferentes a los de la revolución industrial, que requieren, a nivel de sus elementos estructurales, simbólicos, culturales y antropológicos (por ende políticos y jurídicos también), de una articulación emancipatoria mucho más compleja y rizomática que las producciones de resistencia hasta ahora realizadas.

Parece conveniente al respecto tener presente que, más allá de la persistencia del análisis y de la crítica, de la relevancia de la realidad material y de la acumulación de una conciencia no alienada, deben establecerse también los límites paradigmáticos de éste pensamiento; de manera que – trascendiéndolos - pueda devenir hacia una nueva voluntad de afirmación de otro mundo posible. De manera que su valor se transforme en una forma de transvalorización en y más allá de esos horizontes modernos del pensamiento de Marx, en que esa “transvaloración misma es el asunto de la posteridad, la cual debe aprender a ¡no buscar el sentido de las cosas sino a introducirlo!”<sup>669</sup>, afirmando una poiésis otra y posible para la emancipación.

Nos importa, al menos para la propuesta que queremos sostener en éste trabajo, en relación con los derechos humanos, el derecho y las luchas por la dignidad individual y colectiva, señalar que no puede olvidarse que el pensamiento Marxista comparte con su antagonista liberal alguna de las características más esenciales del paradigma moderno, y que respecto de la construcción de una juridicidad no contractual ni formalista adquieren relevancia: una concepción del sujeto como una constitución definida previamente y no de llegada; una noción del

---

<sup>669</sup> Portales, Gonzalo. *Nihilismo, ascética y transvaloración. La crítica de Friedrich Nietzsche al ideal moral como deconstrucción de la historia de la metafísica*. En *NIETZSCHE más allá de su tiempo*. José Jara, Editor. Valparaíso. Edeval. 1998. Página 58.

tiempo lineal, progresivo y acumulativo; una polaridad excluyente de la articulación de los actores, una noción republicana del orden piramidal del poder; una concepción materialista pero de base esencialmente economicista en la relación necesidad-satisfactor; una concepción atributiva de los bienes, y una noción monista de la definición de los sujetos, sus intereses y derechos.

En efecto, la noción de sujeto definido como tal en tanto perteneciente a una clase ordena a los individuos en torno a una disyunción presupuesta, de carácter binaria, en que por el solo hecho de su posición dentro de la división del trabajo, adquiriría atribuciones distintas a las del individuo propietario, contraponiéndole el individuo proletario. Llevado al extremo, se formuló a costa del pensamiento marxista un regreso al naturalismo, buscando establecer un fundamento superior a dicha polaridad, en que, como lo señalaba el jurista soviético Pëtr Ivanovic Stucka podía establecerse la existencia de tres derechos naturales: el burgués o propietario, el feudal o el particular de los obreros y campesinos. Se reemplazaba así la noción de interés individual por un interés de clase que gozaba del mismo fundamento conceptual abstracto que la de la voluntad propietaria que se buscaba combatir: voluntad e interés individual versus voluntad e interés de clase<sup>670</sup>. Se suma a ello la idea que entre estructura y superestructura, necesariamente el Estado debía actuar como articulador de ambos, y centrado el análisis de Marx en la tenencia de los satisfactores, reducidos éstos a mercancías y desplazando el resto del potencial de la satisfacción a las esferas políticas y culturales. En definitiva la discusión retornaba al problema de la propiedad (que sigue siendo un problema esencial por cierto) pero, de alguna forma despotenciando las acciones que no emanaran de la distribución de clases. Los sujetos provienen y avanzan hacia la superación de las clases, hacia un modo más avanzado de producción y de distribución social, ordenando en el tiempo las etapas necesarias que las leyes *objetivas* de la producción histórica determinan. La razón como develadora y constructora de las posibilidades para la técnica correcta, sumada a una acumulación de fuerzas a la vez suficientes y necesarias debían permitir el salto cualitativo a un orden no capitalista y con ello a necesidades superiores.

---

<sup>670</sup> Al respecto puede verse Stucka, Pëtr Ivanovic. *La función Revolucionaria del Derecho y del Estado*. Barcelona. Ediciones Península. 1969, especialmente páginas 31 y 32.

Los hechos históricos han revelado los límites de la fuerza emancipadora de recuperar la realidad frente a la abstracción dentro de un modelo paradigmático construido por una razón abstracta que devuelve esa realidad a la abstracción de los voluntarismos etapistas del progreso, manteniendo pendiente la articulación de preguntas que enfrentan a la máquina crematística hoy global, el de cómo recuperar no solo la realidad del contexto de los sujetos, sino su actualización permanente. La pregunta por las necesidades suscritas solo a la estructura material de la mercancía como satisfactor deja pendiente las del devenir de la actualidad y de la libertad individual como fuerza de afirmación y conjugación de las subjetividades.

Situar el problema del despliegue de las necesidades y su satisfacción dentro de la esfera de la división del trabajo y las clases, dentro de la materialidad es por cierto un salto decisivo para salir de la opacidad del concepto y de la trampa de la abstracción, pero se requiere afirmar posibilidades más allá de esa contradicción. La esfera del trabajo es un principio esencial de reapropiarse, ya que en él radica buena parte de la producción del valor social, lo que implica romper con la reducción de éste al trabajo productivo y su ampliación a su totalidad vital, ya que “la actividad constituida por el trabajo solo empieza a constituir el trabajo propiamente humano cuando, dirigido por la inteligencia del hombre y por la voluntad reflexiva de éste, sirve para satisfacer, además de las necesidades fijas y fatalmente circunscritas de la vida exclusivamente animal, las necesidades del ser pensante, que conquista la humanidad al afirmar y realizar su libertad en el mundo”<sup>671</sup>. Trabajo no reducido a la producción de mercancías para el intercambio y el lucro, libertad no solo individual sino articulación de libertades, donde ésta libertad “no es la negación de la solidaridad; al contrario, es su desarrollo y, por decir, su humanización”<sup>672</sup>.

Se trata de recuperar la realidad frente a la abstracción, el presente frente a la conservación del pasado o a la promesa de progreso futuro, de recuperar la potencia y la subjetividad como devenir, encuentro y despliegue deseante frente a una concepción mínima del sujeto. Esto requiere ir más allá de las concepciones

---

<sup>671</sup> Bakunin, Mijaíl. *La Libertad. Obras escogidas*. Buenos Aires. Agebe. 2005. Página 15.

<sup>672</sup> Bakunin, Mijaíl. Op. cit. Página 21.

propiamente modernas de las necesidades y su realización social. Requiere aceptar la realidad como certeza sino como azar y potencia, de manera de comprenderlas de un modo distinto, en que “La necesidad se afirma en el azar, en cuanto el azar se afirma en sí mismo”<sup>673</sup>, dejar de considerar a las relaciones sociales desde su perspectiva contractualista para pasar a un imaginario de la posibilidad. Como lo señalaba Nietzsche<sup>674</sup>: pensar la sociedad como un experimento en constante hacer y no como un contrato de partes, intereses y obligaciones predefinido y que se agota en sus propios términos.

### **Las necesidades y el desarrollo a escala humana.**

En esa perspectiva de concepción no mecanicista ni mercantilista de las necesidades, es que me parece muy importante rescatar la propuesta de los chilenos Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn del **“Desarrollo a escala humana”**<sup>675</sup>, que intenta proponer un orden de articulación de las necesidades, los bienes y los satisfactores de una forma que privilegia la sinergia, el sentido y interacción por sobre la cosificación, reducción y disolución de las necesidades humanas en la abstracción o en la mercancía. Centrada en la producción de sinergia social piensa más en la potencia que en una voluntad abstracta de intereses, que es lo que nos interesa poner en discusión de la propuesta contractualista del derecho liberal.

Volvemos nuevamente a alertar sobre los límites paradigmáticos en juego. Hay que tener cuidado con las relaciones lineales de pensamiento sin detenerse en esto: el problema de las necesidades para la economía individualista no es el de las -necesidades de- sino el de los -bienes para-, desplazando al individuo por la

---

<sup>673</sup> Delleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Barcelona. Editorial Anagrama. 2002. Página 42.

<sup>674</sup> “La sociedad de los hombres: es un experimento, así lo enseño yo, una prolongada búsqueda: ¡ y busca al hombre de mando! - un experimento hermanos míos! ¡Ya no un contrato! ¡Romped, rompedme tales palabras de los corazones débiles y de los amigos de las componendas”. Aforismo 25, del capítulo De tablas viejas y nuevas. Nietzsche Friedrich. *Así habló Zaratustra*. Madrid. Alianza Editorial. 1997. Página 297.

<sup>675</sup> Max-Neef, Manfred. Elizalde, Antonio. Hopenhayn, Martín. *Desarrollo a Escala Humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Barcelona. Editorial Nordan Comunidad. 1998.

propiedad y sus necesidades por la mercancía, centrándose en la escasez y su distribución y no en la potencia del hacer humano. Se trata de una lógica no de la producción de lo humano sino de la escasez de las mercancías, entre ellas el dinero, que depende de un salario en un sistema de trabajos inseguros e inestables. Como señala Hinkelammert “Cuando cambio el concepto y transformo la economía en administración de la escasez, lo que además significa orientar toda la visión de lo económico por la oferta y la demanda, el mercado y la ganancia, independientemente del hombre de que se trate, entonces, misas, servicios de hospedaje, fábricas, entretenimiento, etc. todos tienen la misma figura y entonces la teoría del valor del trabajo no cumple ningún papel y efectivamente sale sobrando”<sup>676</sup>.

Se necesita mirar la complejidad de las necesidades desde un punto de vista distinto, ni fragmentario ni individualista, ni funcionalista ni economicista, que nos permita ampliar el marco de discusión sobre ellas y de los problemas de sus mediadores. **Se trata de buscar miradas contra/escasez y sinérgicas que permitan superar la trampa de la cosificación que nos lleven más allá del fetiche y el desviante de la mercancía.** Todo éste sistema de necesidades invierte la razón cotidiana de subsistencia y reproducción de lo humano. Como señala Elizalde: “Cuando la forma de producción y consumo de bienes conduce a erigir los bienes en fines en sí mismos, entonces la presunta satisfacción de una necesidad empaña las potencialidades de vivirla en toda su amplitud. Queda, allí, abonado el terreno para la confirmación de una sociedad alienada que se embarca en una carrera productivista sin sentido. La vida se pone, entonces, al servicio de los artefactos en vez de los artefactos al servicio de la vida”<sup>677</sup>.

En ésta propuesta, la del Desarrollo a Escala Humana, los autores intentan ir más allá del reduccionismo economicista de *una necesidad – un bien*, la ideología de la escasez y la lógica de la acumulación, afirmando en cambio sentido-satisfactor, sinergia y distribución-reciclamiento, postulando un sistema conformado por tres

---

<sup>676</sup> Hinkelammert, Franz, *Claves de un pensamiento crítico*. En -El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal-. Bilbao. Desclée Editores. 2000. Página 275.

<sup>677</sup> Elizalde, Antonio. *Desarrollo humano y ética para la sustentabilidad*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 65.

subsistemas: el subsistema de las necesidades, el de los satisfactores y el de los bienes. El desarrollo en consecuencia es visto como una articulación de éstos tres y no sólo como un proceso de acumulación lineal progresivo individual.

El desarrollo se refiere a las personas y no a los objetos afirman, y debe hablarse de pobreza y no pobreza; por lo cual el desarrollo debe medirse en esa articulación de necesidades y satisfactores y no en un concepto cerrado y unívoco. Estamos inmersos en una inversión de sentidos denuncian, ya que “Lo que está culturalmente determinado no son las necesidades humanas fundamentales sino los satisfactores de esas necesidades. El cambio cultural es –entre otras cosas– consecuencia de abandonar satisfactores tradicionales para reemplazarlos por otros nuevos y diferentes”<sup>678</sup>, satisfaciendo estas necesidades en tres niveles: en relación con uno mismo, en relación con el grupo social y en relación con el medio ambiente. Las necesidades deben ser vistas como potencialidad, de manera que los satisfactores pueden tener efectos distintos y diversos y satisfacer más de una necesidad, no reduciéndose a bienes sino a estos y a otros recursos posibles de organizar y movilizar en el sentido de la satisfacción de esas necesidades.

Las necesidades “no son solo carencias sino también y simultáneamente, potencialidades humanas individuales y colectivas”<sup>679</sup> y no son infinitas, interminables e indescriptibles sino reducidas y determinadas: Subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad. Por su parte, los satisfactores están descritos como “formas de ser, tener, hacer y estar, de carácter individual y colectivo, conducentes a la actualización de las necesidades”<sup>680</sup>. Y se reduce así los bienes a “objetos y artefactos que permiten afectar la eficiencia de un satisfactor, alterando así el umbral de actualización de una necesidad, ya sea en sentido positivo o negativo”<sup>681</sup>.

---

<sup>678</sup> Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn. Op. cit. Página 42.

<sup>679</sup> Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn. Op. cit. Página 56.

<sup>680</sup> Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn. Op. cit. Página 56.

<sup>681</sup> Max-Neef, Elizalde y Hopenhayn. Op. cit. Página 56.

A su vez los satisfactores los clasifican en cinco tipos:

**a) violadores o inhibidores**, que son de efecto paradójal, porque no satisfacen la necesidad sino que por sus efectos colaterales imposibilitan la satisfacción de otras necesidades, por ejemplo la represión en el orden público pero que no aportan a la integración social;

**b) pseudo-satisfactores**, que estimulan una falsa sensación de satisfacción, como el status como satisfactor de la identidad;

**c) satisfactores inhibidores**, que por la forma como satisfacen una necesidad imposibilita otra, como la educación bancaria, que entrega contenido pero inhibe participación y desarrollo de pensamiento;

**d) satisfactores singulares** que satisfacen solo una necesidad puntual como la entrega de subsidios; y

**e) satisfactores sinérgicos**, aquellos que satisfacen conjuntamente más de una necesidad a la vez, como la organización popular o sindical no centrada solo en la reivindicación económica.

A partir del a organización de necesidades y sentidos, éstas se articulan en un cuadro del siguiente tipo que permiten trabajar incluyendo satisfactores para cada una de ellas respecto de situaciones concretas, permitiendo un segundo análisis de revisión del tipo satisfactor usado para incluirlo o sustituirlo por otro con mayor sinergia:<sup>682</sup>

(Incluimos en el cuadro ejemplos que digan relación con el mundo del trabajo asalariado, ya que anteriormente citamos a Marx como propuesta de emancipación al proponer la reappropriación de la realidad y del trabajo como espacio social privilegiados)

---

<sup>682</sup> El original de éste cuadro puede verse en la obra citada “Desarrollo a escala humana”, página 58.

Tabla 2. Categorías de necesidades y satisfactores de la Economía a Escala Humana.

Categorías <u>existenciales</u> Necesidades axiológicas.	Ser	Tener	Hacer	Estar.
Subsistencia	Saludable	Seguridad social y salario digno.	Cuidado y autocuidado y monitoreo contractual.	Contratare imponiendo.
Protección	Asegurado	Seguridad en el trabajo.	Prácticas de cuidado	Comité paritario.
Afecto	Solidario	Organización	Prácticas solidarias	Sindicato.
Entendimiento	Comunicado	Medios de comunicación	Boletines y asambleas	Organización de trabajadores.
Participación	Comprometido	Organización	Asambleas, consultas y elecciones	Sindicato.
Ocio	Descansado	Feridos y descansos.	Tomar y exigir descansos	Espacios de esparcimiento y tiempo libre.
Creación	inventivo	Mecanismos de incentivos	Capacitarse	Comités y actividades de capacitación.
Identidad	Consciente	Organización	Conciencia en sí y los otros	Organizado.
Libertad	Autónomo	Libertad de trabajo y sindical.	Práctica política y sindical.	Organización.

La columna **SER** registra atributos personales o colectivos, que se expresan como sustantivos. La columna **TENER** registra instituciones, normas, mecanismos, herramientas (no en sentido material), leyes, etc. La columna **HACER** registra acciones personales o colectivas que pueden ser expresadas como verbos. La columna **ESTAR** registra espacios, ambientes.

Llegamos entonces a un punto de comprensión en que pueden apreciarse claramente que es posible trabajar con conceptos de necesidades distintos y diversos, con presupuestos, procesos y puntos de cierre diferentes. De ésta forma el paradigma de necesidades con el que miramos, organizamos y articulamos los



discursos jurídicos, y sus interpretaciones, con las que dictamos las resoluciones o las revisamos, no son iguales según si seguimos patrones individualistas, colectivistas u holísticos participativos.

Mientras que en el modelo individualista patrimonial toda agregación de bienes y satisfacción de necesidades tiene lugar *uno a uno*, fragmentando y diluyendo el potencial de los satisfactores, agotándolos en su consumo inmediato<sup>683</sup>, separando y difuminando el sentido colectivo de lo social, imaginándolo como una simple agregación racional y abstracta de egoísmos individuales concurrentes, el modelo marxista de necesidades sociales plantea, correctamente, el nivel material de las necesidades humanas, ya despojadas del carácter meramente fetichista, señalando el problema más bien como una definición colectiva de una media de las necesidades sociales, estableciendo por una parte la categoría de necesidades puramente materiales con un “carácter de relativa estabilidad cuantitativa (su cantidad solo debería aumentar paralelamente al crecimiento de la población)”<sup>684</sup>, abriéndose en parte a un concepto no económico inmediato sino a uno en que depende la satisfacción no solo de la producción material inmediata sino también de una limitación de satisfacción de las necesidades exclusivamente por cosas, en que “Cuando cesa el dominio de las cosas sobre el hombre, cuando las relaciones interhumanas no aparecen ya como relaciones entre cosas, entonces toda necesidad es gobernada por la necesidad de desarrollo del individuo, la necesidad de auto realización de la personalidad”<sup>685</sup>.

Sin embargo, a diferencia del modelo liberal, que en la realidad centrífuga del capitalismo la acumulación de los bienes se acelera y concentra desde el primer mercantilismo hasta el financismo extremo de la globalización neoliberal, haciendo desaparecer a los individuos no propietarios no solo de la trama económica sino de lo social mismo; y también del modelo del comunismo real, en que esa media de

---

<sup>683</sup> En verdad se agota más bien en su fungibilidad, es decir en la posibilidad de enajenarlos e intercambiarlos contractualmente, generando un poder liberatorio de las obligaciones recíprocas por las prestaciones inmediatas y excluyentes de los contratantes, lo que cosifica doblemente a los bienes en cosas desligadas y en mercancías.

<sup>684</sup> Héller, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona. Ediciones Península. 1998. Página 84.

<sup>685</sup> Héller, Ágnes. Op. cit. Página 85.

necesidades sociales fue definida desde arriba, jerárquicamente, con la misma noción de economía de la escasez, subsumiendo a la subjetividad y las relaciones micro sociales en la máquina centralizada de la planificación central y su ejecución total e incluso policial, la propuesta inacabada y reciclable del desarrollo a escala humana pretende situarse como una tercera (y hasta ahora históricamente falsa) proposición, sino efectuar la inflexión de las cuerdas del arco hacia otros actos de lo social. Frente al agotamiento inmediato del consumo de objetos del liberalismo y a la organización de posposiciones planificadas de bienes del colectivismo mecánico, “La propuesta presentada aquí apunta a la identificación y utilización preferentemente de satisfactores que sean sinérgicos, es decir aquellos donde la realización de las necesidades no sea la meta, sino el motor del desarrollo mismo. Y que al hacer así se promueven el tránsito del objeto de prestación o beneficiario de servicios al sujeto participante y protagónico; el tránsito de lo puntual al proceso histórico y colectivo, y de lo individual, al grupo, a la comunidad, al territorio”<sup>686</sup>.

De ésta forma las necesidades dejan de ser carencia para aplicarse a construir desarrollo, a tejer lazos de vinculación en la red compleja de la vida humana y su reproducción material, ampliando el espacio de la regulación económica más allá de los límites del economicismo, rompiendo el cerco de reducción de la vida a la reproducción del capital y de las necesidades a la individualidad de seres y de bienes.

Si como sostiene Baudrillard “La ilusión de lo económico es haber pretendido fundamentar un principio de realidad y racionalidad en el olvido de esta realidad definitiva del intercambio imposible”<sup>687</sup> que es la totalidad de la vida, religar la subjetividad individual con el devenir colectivo en sus diversos niveles circularmente interrelacionados es tanto un criterio de partida como de llegada. Recordar que “ya no hay actores, ni espectadores, todos están sumergidos en la misma realidad, en la misma responsabilidad giratoria, en un mismo destino impersonal que no es más

---

<sup>686</sup> Elizalde, Antonio. *Desarrollo humano y ética para la sustentabilidad*. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003. Página 67.

<sup>687</sup> Baudrillard, Jean. *El intercambio imposible*. Madrid. Ediciones Cátedra. 1999. Página 14.

que la realización de un deseo colectivo”<sup>688</sup> es el trabajo indispensable para enfrentar las crisis de necesidades a que las promesas del capitalismo global sigue dejando sin respuesta.

Trazar ese derrotero en el marco del derecho es la tarea que intentaremos abordar en adelante.

### **El derecho frente a la materialidad y a las necesidades.**

Fruto del mismo paradigma de raíz kantiana, en el derecho moderno la producción jurídica de lo real está también marcado por la definición de la abstracción por sobre la realidad, por la subsunción de la materialidad en los conceptos, y por la primacía de los derechos sobre los bienes. Ello va a determinar no solo la definición de la sociedad como un orden contenido en las instituciones, como una noción de la norma y sus imperativos por sobre las necesidades, sino también una articulación custodiada por el estado para *garantizar las garantías de la propiedad* y los derechos adquiridos por sobre los bienes necesarios para la vida, ocasionando una verdadera inversión ideológica de los derechos humanos, privilegiando el orden del derecho por sobre la situación de producción y reproducción de los humano. En el reino del contrato y del derecho como esencia, no hay derechos en si ni por si, solo abstracciones de hermenéutica vacía.

Como ya lo advertía Franz Hinkelammert, “la estrategia de la globalización entiende los derechos humanos como derechos del poseedor, del propietario”<sup>689</sup>, fijando un horizonte de humanidad diferente al concepto vulgar de lo humano. Los derechos humanos en los discursos globales hegemónicos traspasan al humano en tanto ser biológico y alcanzan incluso a las personas jurídicas y corporaciones, “la empresa aparece como sujeto de derechos humanos tanto como los seres humanos

---

<sup>688</sup> Baudrillard, Jean. Op. cit. Página 141.

<sup>689</sup> Hinkelammert, Franz. El proceso actual de globalización y los derechos humanos. En *El vuelo de anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. 2000. Página 119.

mismos”<sup>690</sup>, confundiéndose en esa abstracción del producto cultural organización técnica y organización biológica bajo el signo de la organización de medios materiales e inmateriales, de modo que “los derechos humanos como derechos de los seres humanos corporales no son más que distorsiones del mercado”<sup>691</sup> que deben subordinarse al cálculo de la inversión/utilidad, incluso removiéndolos si lo entorpecen. Esto explica tanto los discursos de la producción sobre el medio ambiente, la guerra por recursos o la desarticulación de las nociones de trabajador asalariado o de consumidor<sup>692</sup>.

Si la relación interna y externa de las comunidades en torno a una organización de régimen dice relación con un contrato supuesto, un orden de origen abstracto pero no incierto, reproducido cotidianamente, la pregunta de si la subsistencia y desarrollo de sus componentes adquiere o no actualidad en el orden de la sociedad jurídica moderna adquiere relevancia; de otra manera la inversión de los derechos humanos a humanos sin derechos se transforma en norma. ¿Las necesidades son exigibles y actualizables o deben esperar su turno por detrás de la indeterminación en el tiempo de la actualidad en beneficio del fin de orden en sí y para sí del ordenamiento normativo? Pregunta aún de mayor actualidad en la era del derecho reflexivo, cuando la regulación se ordena sobre normas no necesariamente legales, de sentido sistémico que privilegian nuevamente lo económico sobre lo humano, el valor de cambio por sobre el valor de uso, los valores de posesión por sobre los de reproducción y dignidad de los sujetos.

En una época en que el capital funciona y obtiene utilidad en tiempo real, imponiendo su actividad sobre los tiempos de la burocracia, en que frente al apremio de la subsistencia el capital puede tranquilamente definir y decidir los ciclos de gestión y producción de casi toda la realidad, las comunidades siguen esperando la mediación del estado para adecuar estructura y superestructura y encontrar

---

<sup>690</sup> Hinkelammert, Franz. Op. cit. Página 120.

<sup>691</sup> Hinkelammert, Franz. Op. cit. Página 121.

<sup>692</sup> Basta ver al respecto como escenario bélico, naturaleza o consumidor son solo partidas de una contabilidad de la apropiación global y como el estatuto de trabajador Wal Mart lo reescribe como el de colaborador sin derechos laborales en el sentido clásico de su definición.

tranquilidad en ese vaivén. Sin embargo, la estructura de procesualidad prolongada y acumulativa del orden jurídico estatal y supra-estatal mantiene la lucha en la tensión de forma de los derechos y no en la sustantividad de la materialidad usurpada en esa vertiginosidad del intercambio.

Como señala Joaquín Herrera

“al quedar separadas la lucha por los derechos de la lucha por los bienes, el dogma liberal (*de prioridad del derecho sobre el bien*) que comentamos se convierte, paradójicamente, más que en una liberación frente a las ataduras comunitarias, en un aplazamiento sine die del cumplimiento de los fines para los cuales el derecho debe servir de instrumento de garantía: conseguir un modo de satisfacción de las necesidades que tienda a la igualación de las condiciones sociales, económicas y culturales entre todos los grupos de una determinada formación social”<sup>693</sup>.

Aún cuando el derecho no reconoce en si necesidades ni deseos, ya que no posee un carácter ontológico por el solo hecho de regular la realidad en un determinado sentido, la pregunta por su relación con las necesidades, la materialidad y el acceso a ésta por los destinatarios del derecho, objetos de regulación, fantasmas de sujeto sin propiedad y poder, deviene en una pregunta no solo urgente sino central en las luchas por la dignidad humana, e imprescindible en la construcción de otro derecho liberado de la promesa y de los límites de la modernidad, en que la promesa de futuro mediada por la facultad que permiten los derechos, resultan una trampa de encierre que hace opacos sus propios caminos y fines.

Transitamos entre la ceguera máxima de lo inmenso del orden y la ritualidad formal de la cotidianeidad y la burocracia, en un paradigma que, en su reducción metodológica, arrastra al conjunto de nuestra visión y con ello también nuestras prácticas. **Lo que sufrimos es una verdadera crisis de percepción de un paradigma social y jurídico instalado en la certeza, la absolutización de la verdad y los procedimientos y el criterio pseudo científico de la fuente monista**

---

<sup>693</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los Libros de la Catarata. Madrid. 2005. Pagina 95.

**de las explicaciones:** como en una plantación de pino radiata, los árboles no nos dejan ver el bosque y nos despojan de la biodiversidad bajo la apariencia del verde permanente y la promesa del progreso.

El paradigma moderno, expresado en el derecho formal, concurre a ese cruce de reducciones de las cuales forman parte las nociones excluyentes de trabajo productivo y necesidades individuales que se satisfacen por bienes individuales, agregando a ese juego de simplificación y reducción de la realidad una solución técnica de flujo simple (máquina trivial en términos de Ulric Beck) que contiene varios falseamientos o inversiones: que el derecho es la forma de construcción de lo social, que la respuesta es siempre de orden e institucionalidad, que la forma *normal* de construir sociedad es ordenando la realidad a un deber ser y no al revés, y en definitiva haciendo creer que al definir diversos tipos de normas y ejercer el poder jurídico directo desde la amenaza de la coerción o su empleo, el derecho positivo es la única forma de regulación declarada y afirmada como eficaz y legítima sobre la sociedad.

A esa forma de enfrentar el proceso de reducción a la vez que de construcción de lo social a través de la imputación es lo que llamamos derecho. Pero que en estricto rigor es derecho formal positivo en sus articulaciones institucionales necesarias: ley, jurisprudencia, doctrina y sus lugares de ejercicio. Las tres: norma, sentencia y opinión, todas partes del pensamiento del abstracto que pretende subsumir la realidad.

Sí, si leemos buena parte de las teorías de los autores que fundamentan el derecho podemos apreciar que en realidad de lo que hablan es del derecho en su esfera normativa. De hecho, en la historia moderna del derecho, pero sobre todo a partir de Kelsen -con su reducción del derecho al derecho positivo-, y probablemente en una vulgarización de sus intenciones, el fenómeno jurídico ha sido restringido a su esfera normativa, olvidando el amplio campo relaciones que es el fenómeno jurídico como disciplina constructora de la realidad social, llevando a “Reconocer como derecho lo que el estado –mejor dicho sus funcionarios – desean sea visto como tal, (lo que) quiere decir que lo que el jurista hace, es producir un discurso en

el cual se dice que, eso que es derecho debe ser obedecido”<sup>694</sup>; obediencia que en definitiva se limita a acatar la norma sin cuestionamiento, sin preguntarse acerca de si es la solución adecuada o solo se trata de un ejercicio de poder de construcción y control social. Se trata de una tendencia histórica por cierto, explicable como consecuencia del proceso originario de la modernidad, en que “La tendencia histórica a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno”<sup>695</sup>, pero que lleva a concebir todo el derecho finalmente solo como sistema de normas, más o menos abierto, pero siempre dentro del mundo de la norma. Así lo deja en claro Bobbio al señalar que “solo se puede hablar de derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por tanto, el derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas”<sup>696</sup>, ampliando el campo de la norma a la de un conjunto centralmente coordinado por el Estado productor y sus instituciones, yendo más allá de la mera relación ínter subjetiva del viejo sistema liberal original, pero manteniéndose dentro del mismo paradigma abstracto y reduccionista del normativismo monista estatal, en que “las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y estos son determinados a su vez por otras normas jurídicas”<sup>697</sup>, subsumiendo la realidad en estas.

Al reducir el derecho a la norma estatal, se pierden y excluyen arbitrariamente todas las demás prácticas sociales que no son normativas.

Lo anterior es un punto esencial de la cuestión en debate, puesto que si las sociedades modernas se han construido sobre la lógica del Estado Nación, y bajo una noción monista del derecho, donde se priva de legitimidad a toda aquella manifestación regulatoria que no sea una norma positiva emanada del poder estatal, se trata en definitiva no solo de una reducción, sino que de un acto de poder por

---

<sup>694</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. Barcelona. Editorial Maria Jesús Bosch. 1995. Página 45.

<sup>695</sup> Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid. Editorial Debate. 1999. Página 21.

<sup>696</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit. Página 25.

<sup>697</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba. 1999. Página 35.

decisión positiva, afín a intereses concretos, que busca controlar, regular y someter lo colectivo que no se ajuste a la forma liberal esencial de la relación contractual de un individuo con otro individuo, intercambiando bienes determinados por otros bienes determinados para producir utilidad. De éste modo se excluye a todos los no propietarios capitalistas y a todas las formas colectivas, como por ejemplo, las organizaciones de trabajadores. Incluso en aquellas posiciones que desde la raíz liberal han intentado abordar la cuestión de la justicia y de los bienes, su carácter abstracto las vuelve funcionales a la mantención del derecho como ciencia de los imperativos abstractos y no de la actualidad de las necesidades. Cuando las nociones neocontractualistas señalan que “La organización justa de una sociedad será aquella que, sin defender una concepción particular de bien, reivindica para los mismos individuos, de los cuales defiende todavía el respeto de la autonomía privada, la posibilidad de debatir en el espacio público concepciones diferentes de vida buena”<sup>698</sup> e intentan así dar cuenta de un debate, pero quedan una vez más vaciadas de realidad el mantener el debate en la voluntad abstracta como fuente de equidad y no en las relaciones de poder. No bastan esas consideraciones de equidad abstracta y sin mención ni crítica de las relaciones de intercambio, posesión y dominación para acercar lo normativo a lo real.

La Ciencia del Derecho escamotea de ésta forma el responder preguntas esenciales sobre su objeto, en establecer las diferencias que permitan una comprensión completa y compleja de los fenómenos que circulan en torno al derecho, sus prácticas, sus discursos y sus operadores. Al describir el derecho como un conjunto articulado institucionalmente de normas y excluir otras prácticas que las preconcebidas y permitidas, se reduce toda explicación y toda diferenciación sobre los hechos, subsumiendo todo bajo un parámetro único de medir la realidad, de manera que la diferencia entre derecho y derechos, entre sujeto y sujetos pierda toda relevancia y al borrar las primeras diferencias formales. Se borran de ésta forma también las diferencias materiales bajo el supuesto de la igualdad formal ante la ley, y cuando aparecen se resuelven de una forma igualmente formal. De allí que

---

<sup>698</sup> En el original: “*A organização justa de uma sociedade será aquela que, sem defender uma concepção particular do bem, reivindica para os mesmos indivíduos, dos quais defende ainda o respeito da autonomia privada, a possibilidades de debater no espaço público concepções diferentes de vida boa*”. Billier, Jean-Cassien; Hágale Maryoli. *Historia da filosofia do direito*. Sao Paulo. Barueri. Editora Manole Ltda. 2005. Página 425



el mecanismo de resolución de las antinomias que Bobbio señala como de justicia por aplicarse el principio de especialidad, que resuelve las diferencias a partir de aplicaciones cada vez más restringidas, al ser de resolución formal y supeditarse al criterio de jerarquía de las normas, en definitiva, reconduce la respuesta a la abstracción y nunca da cuenta de las diferencias materiales en el fondo de las reclamaciones de derechos de los sujetos sociales fuera de la norma.

Ese espejismo de la resolución formal de los conflictos que implica el derecho como sistema monista y normativo no solo reduce la realidad a su imputación de lo que debe ser, sino que se coloca en una neutralidad interesada que no debe olvidarse. Las normas y los discursos que sobre ellas se articulan nunca son neutrales, sirven a intereses que buscan encubrir la totalidad de la intención política que las genera. Si como dice Boaventura de Sousa Santos el derecho es una práctica de estrategia donde coinciden retórica, burocracia y violencia, en que “la retórica no sólo se reduce cuantitativamente sino que es contaminada cualitativamente por la burocracia y la violencia dominantes”<sup>699</sup>, el construir discursos abstractos, discursos de aparente neutralidad y ordenar la resolución a los requerimientos de solución de conflictos no por las necesidades esenciales de los afectados sino por las imputaciones normativas predefinidas en la ley, encubre la burocracia y la violencia que permiten ciertos derechos y no otros, que habilita cierta economía y no otra, que potencia ciertos estados de poder y sus garantías y no otros. Se oculta además que en las sociedades modernas existen conjuntamente con el derecho positivo estatal otras formas de regulaciones de lo social, materiales y simbólicas pero de similar o mayor eficacia al derecho, como la ideología (religión, transmisión cultural, etc.) la economía y el poder desnudo, la violencia. Y se evita revisar en serio en qué medida el derecho colabora a la satisfacción de las necesidades y los derechos supuestamente protegidos, efectivamente lo están.

Más que regular el derecho parece evadir la pregunta acerca de la vida y la subsistencia, quedándose en la esfera abstracta de la determinación de garantías que llama derechos y en su concreción formal, desplazando el problema de la

---

<sup>699</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos e la regulación y la emancipación*. Bogotá. ILSA. 1998. Página 23.

inmediatez del acceso a los recursos y bienes para la vida a un meta discurso del contenido de esa garantía y acceso, quedando sujeta al cumplimiento de los requisitos que esa misma norma ha determinado para su atribución. La urgencia de la vida desaparece, las necesidades desaparecen en los requisitos de asignación. Al permitir además que la gestión del tiempo y los recursos sea realizado cada vez más por la lógica económica, renuncia no solo a la preeminencia de los derechos sobre el bien, sino que subsume esa prioridad a la prioridad de la producción y la utilidad, dejando vaciar incluso su contenido liberal de interés y voluntad del sujeto que se actualiza, transformando todo en una línea de producción sistémica de las decisiones.

Parece tener razón entonces Giorgio Agamben cuando señala que el problema de fondo es ya no la existencia y posibilidad de la vida como natural proyecto sino la gestión de la vida biológica como tarea política suprema de la máquina antropológica de la producción. Si el lugar propio de la relación hombre cosmos en la modernidad es la técnica (de gestión de la producción y las finanzas en éste caso) y ésta desplaza y desdibuja el valor de lo humano hacia más allá incluso del valor de un insumo de la producción con un coste determinado, sino como un problema de variables molestas incluso suprimibles, donde aquella proposición de lo humano como continente de algo superior distinto a lo puramente animal, apropiable y disponible por ser naturaleza, simplemente desaparece, de modo que “preguntarse en qué modo –en el hombre- el hombre ha sido separado del no-hombre y el animal de lo humano es más urgente que tomar posición acerca de las grandes cuestiones, acerca de los denominados valores y derechos humanos”<sup>700</sup>, toda vez que el sujeto que está detrás del trabajo es ahora solo un número o una interferencia suprimible del cálculo de producción de la empresa inserta en el mercado global.

Volver a mirar los componentes de ésta maquinaria discursiva invertida que es el mundo de la producción y gestión de lo vivo, evitando ser solo reproductores de un eco vacío de normas funcionales a la cosificación absoluta del sujeto es imprescindible si se pretende gozar de subjetividad y ejercer voluntad de poder.

---

<sup>700</sup> Agamben, Giorgio. *Lo Abierto*. Buenos Aires. Adriana Hidalgo Editora. 2006. Página 35.

Recuperar posesión de la propia cotidianeidad, tuición sobre la producción de la realidad, reconstruir la capacidad de decisión mímica sobre el devenir requiere atender a ese extravío forzado de los significados, a esa pérdida o hurto de la comprensión de las relaciones sociales en que se juegan las necesidades en relación con los valores y bienes que se desenvuelven en la producción. Retomar el problema de las necesidades humanas fundamentales es entonces una voluntad de poder que se expresa en “voluntad de simbolización, de hacer el mundo que recibimos el campo de batalla entre los significados heredados y lo que podemos y debemos construir, recuperando todo lo que la forma ha enviado a lo irrelevante, a lo irracional, a lo particular”<sup>701</sup> y que nos despoja de nuestra auto y co-producción más esencial.

### **Derecho, derechos y necesidades humanas.**

Una concepción materialista y finalista del Derecho, que pretenda asentarse sobre el rescate y relevancia de la realidad y el presente, el papel de éste debe mutar su papel de un carácter conservador a uno integrador y transformador de los vínculos sociales, replanteando permanentemente la relación entre medios y fines, entre derechos y necesidades. “Desde éste punto de vista de valoración del derecho, la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales pasan a constituirse en el supremo bien jurídico protegido, al cual deben ordenarse los sistemas jurídicos y el conjunto de normas”<sup>702</sup>.

Por eso es que si definimos el derecho como una economía, como una relación de atribución y uso de recursos; habiendo planteado el problema de la finalidad en la esfera de la materialidad, pensar un otro derecho posible implica

---

<sup>701</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla. Aconcagua Libros. 2005. Página. 137.

<sup>702</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Derechos y necesidades humanas fundamentales: un nuevo enfoque de lo jurídico*. En “Las Nuevas utopías de la diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible.”. Santiago de Chile. Editorial Universidad Bolivariana. 2003. Pág. 268.

plantearse el problema de las necesidades humanas como eje de orden de ésta discusión y de la afectación del derecho a ese fin descrito, su satisfacción, a lo menos respecto de las necesidades humanas fundamentales.

Como ya señalamos, para el modelo liberal-normativo-formal, en tanto perspectiva mecanicista y positivista de los bienes, la economía es una disposición y control de recursos específica: una economía como una política de administración de la escasez de los bienes y una forma de circulación de éstos basada en su apropiación exclusiva y su intercambio comercial a partir de un valor de cambio. Las necesidades entonces son infinitas y los satisfactores escasos. Todo resulta así coherente a su propio discurso y a su política de poder centrada en el patrimonio: la relación entre necesidades múltiples y bienes restringidos construye un régimen de atribución y distribución de bienes y recursos a partir del mínimo común múltiple que produce y reproduce ese orden en una agregación lineal, el **individuo**; a éste es necesario asegurar posesión y apropiación de los bienes y del lucro en la circulación de los bienes. Todo el sistema de satisfacción se orienta a éste individuo y su propiedad sobre las cosas *sin respecto a determinada persona*<sup>703</sup>. De ésta forma, **toda necesidad es una necesidad individual que debe satisfacerse de igual forma**, que se superpone a otras de idéntico sentido, que se satisfacen en el espacio del mercado mediante el acceso a bienes cuyo intercambio se accede a través del contrato como forma de intercambio y relación. Toda necesidad requiere entonces de un bien a su vez individualizado, determinado o determinable, escaso y sometido a oferta y demanda entre sujetos teóricamente iguales en su capacidad de acceso al mismo. Desde el punto de vista formal del derecho, el instrumento de pacto entre iguales que es el contrato aparentemente satisface esa necesidad de intercambio; sin embargo al ser intercambiadas bajo la forma dinero se pierde esa igualdad y somete la adquisición de los bienes, y por lo tanto la satisfacción de las necesidades, a la pre-existencia de éste otro bien que es la moneda, ordenando y reordenando los tiempos de satisfacción de las necesidades hasta la obtención del dinero suficiente para cubrir su adquisición en el mercado; el contrato pospone su actualidad formal a la eventualidad material. Como puede verse, el sistema de

---

<sup>703</sup> Artículo 577 del Código Civil Chileno: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”

normas y formalidad no solo sirve a ese propósito, sino que lo construye y constituye.

Pensar otro derecho implica plantearse una forma de lo jurídico que contemple otra relación entre los sujetos, los bienes, recursos y necesidades humanas, que significa a su vez preguntarse sobre éstas en un sentido distinto, más amplio que los sistemas monetaristas de intercambio como única expresión de acceso. Conviene entonces revisar como se forma ese proceso de las necesidades, cuales son los bienes y satisfactores y cuál es el tipo de relación que puede proponerse como diferente a la forma contrato para intentar construir un sistema jurídico que, recogiendo las formas, adquiera expresiones distintas.

El problema de las necesidades dice directa relación con la presencia o carencia de objetos que respondan a esa necesidad, su acceso a ellos, pero también con la forma con que es percibida esa carencia para lograr cubrirla. Al respecto resulta extremadamente útil tener presente lo que desde el psicoanálisis señalaba Jacques Lacán al respecto, que si bien está referido al significante del falo como orden de relacionamiento, al ser propuesto a las carencias de objeto materiales, permite entender el proceso de esa carencia y a las formas de enfrentar el asunto. Teniendo presente ese marco conceptual intentemos la sinonímica:

La **carencia**, que para estos efectos podemos denominar necesidad, **dice relación con la falta del objeto**, que puede manifestarse de tres modos específicos: la **frustración**, la **privación** y la **castración**. Pero como veremos solo uno de esos procesos es en realidad material, y los otros son construcciones psico-lingüísticas de aproximación y construcción de la realidad material, en que el uso de situaciones de aparente materialidad en realidad determinan el uso de los objetos y su distribución, de manera que se produce, en la posibilidad de ellos antes que en su concreción, lo que en la teoría del Desarrollo a Escala Humana llamábamos como de falsos satisfactores. Las promesas de satisfacción del consumo en la economía, o de la existencia de garantías escritas que no se operacionalizan en el derecho, constituyen esos procesos de pseudo materialidad, de alienación en términos de

Marx, una suerte de forclusión<sup>704</sup> de la satisfacción material, en términos lacanianos. A través del uso de éstas categorías, puede apreciarse nuevamente como el discurso liberal abstracto acerca del ser humano y sus relaciones sociales encubre una base ideológica que opaca la realidad y produce una falsa concepción de ésta, desplazando hacia la mercancía el problema del acceso a la propiedad y el poder que ésta genera.

Revisemos entonces estos estadios de relación que denuncian situaciones de construcción efectiva o de falsa subjetivización de los actores y que, para los efectos de nuestro análisis, resultan imprescindibles a la hora de vincular derechos y necesidades humanas fundamentales:

En la **privación** en cambio, “lo real es la falta... Pero el objeto de la privación es un objeto simbólico”<sup>705</sup>, que es lo que ocurre con la otra faceta del derecho y los bienes; siendo la carencia de bienes un hecho real, lo que se manifiesta como problema para su acceso es precisamente eso, la forma como se reclaman y se logra, procesalmente hablando, una vía eficaz para garantizar la satisfacción de los derechos. En esta faceta procesal e instrumental a la vez, se produce un desplazamiento de la carencia efectiva hacia una suerte de doble privación, ya que en el enunciado formal del derecho, la falta de vía instrumental de satisfacción significa no solo la falta de esa vía sino además la imposibilidad de establecer una vía institucional de obtención del derecho. Lo que efectivamente expone la falta de derechos, la imposibilidad de obtenerlos, completarlos y hacerlos efectivos - en

---

<sup>704</sup> En la enciclopedia virtual Wikipedia.org al revisar el término forclusión se inserta una nota que resulta ilustrativa al respecto, de la aproximación lingüística del término entre psicoanálisis y derecho y de lo apropiado de su uso. Después de dar cuenta de los usos del término y su aparición en el lenguaje de Jacques Lacán en la última clase de su Seminario dedicado a Las Psicosis, el 4 de julio de 1956, se señala que “Una anotación de los responsables del establecimiento y traducción al español del texto de este Seminario (Diana Rabinovich y Jacques-Alain Miller), fechada en 1984, aclara que “clásicamente este término tenía dos acepciones en francés: 1) En derecho: el vencimiento de una facultad o derecho no ejercido en los plazos prescritos. 2) Figurativamente: exclusión forzada, imposibilidad de entrar, de participar. En castellano no existe ningún equivalente exacto. Por otra parte, su difusión ha precedido la publicación del presente Seminario, y forclusión se ha vuelto de uso habitual en el ambiente psicoanalítico. En base a esta difusión y al hecho de que el Petit Robert (1978), del cual están tomadas las dos acepciones anteriores, incluye una tercera acepción: 3) Psicoanálisis: mecanismo que está en el origen de los estados sicóticos. <http://es.wikipedia.org/wiki/Forclusi%C3%B3n>. Visitado el 30 de Diciembre 2007.

<sup>705</sup> Dor, Joel. Op. cit. Página.96.

verdad - es la falta de los bienes materiales que permitan satisfacer las necesidades; se opera sobre su significante, los derechos, que manifiestan la falta de un acceso real a las condiciones de equidad y dignidad en la subsistencia.

“La **frustración** es el campo por excelencia de la reivindicación,...en la frustración la falta es un *daño imaginario*”<sup>706</sup> que tiene como fin un objeto absolutamente real que no se concretiza ni llega a hacerlo, “el objeto de la frustración es absolutamente real”<sup>707</sup>. Esto es lo que ha ocurrido con una concepción en que los derechos son discursivamente reivindicables y deseables, la función simbólica del derecho, pero que al estar mediados y alienados por y en la formalidad, pero sujetos a una concreción en que el acceso o no es igual o simplemente es imposible al objeto por falta de otro objeto previo, el dinero, en un modelo de sociedad en que su mediación es indispensable para la adquisición de las mercancías, provoca ese estado de insatisfacción frustrante. Por ello es que la relación de los ciudadanos, de las colectividades con el derecho es ambigua y de amor/odio, porque en su demanda es una petición reivindicación permanente de un estado que no llega, pero se desea profundamente.

La **castración** en cambio, en la formula lacaniana, es una deuda simbólica, “el objeto faltante es absolutamente imaginario y en ningún caso puede tratarse de un objeto real”<sup>708</sup>, que dicho en breve corresponde a la enunciación misma de los derechos como parte del sistema jurídico, que ideológica y simbólicamente parecen presentes y que sin embargo quedan sometidos a meros enunciados que generan la ilusión de algo que se pretende pero que sin embargo no queda al alcance. Normalmente se piensa que los tribunales aplican justicia cuando en realidad administran procesos y generan dolorosos procesos de ausencia de satisfacción y

---

<sup>706</sup> Dor, Joël. *Introducción a la lectura de Lacan. El inconsciente estructurado como lenguaje*. Barcelona. Editorial Gedisa S.A. 2000. Pág. 96.

<sup>707</sup> Dor, Joel. Op. cit. Pág. 96.

<sup>708</sup> Dor, Joel. Op. cit. Pág.96.

sensación de pérdida a pesar de haber “ganado”<sup>709</sup>. Un sistema de derecho centrado en la atribución de conceptos abstractos más que en la materialidad que los completa es lo que provoca una tensión permanente entre la permanente vacuidad y la demanda simultánea del derecho y sus respuestas institucionales. Pretendemos lo que se nos dice no lo que es, lo que debiera ser por imputación, no lo que se requiere por necesidad, la insatisfacción nos deja como sujetos incompletos, expuestos a los fantasmas de la juridicidad.

Miremos el siguiente esquema, basado en lo que los psicoanalistas denominan “esquema mnemotécnico de Jean Oury” para observar cómo juegan estas situaciones, tal como lo acabamos de señalar, frente a la relación necesidad-carencia-objeto, para comprenderlo de mejor manera:

Tener presente ese juego de relaciones puede significar la formulación de expresiones distintas de las funciones del derecho: simbólica, instrumental, procesal e ideológica.

Hay que detenerse además en lo que hemos denominado “**objeto**” y que en el esquema liberal de relaciones objeto/necesidad es asociado inmediatamente a bienes, en tanto contenido de mercancía. La noción de objeto del modelo psicoanalítico que parafraseo corresponde, en verdad, a lo que conocemos como *satisfactores de las necesidades* y que en la época de la reificación de los derechos corresponde a los bienes, pero que pueden ser tanto bienes como relaciones de intercambio, de sentido, de significado o de interacción, u otros recursos no necesariamente económicamente intercambiables en fin de lucro, o al menos no esencialmente patrimoniales.

---

<sup>709</sup> Pensemos derechamente en lo que sucede con los trabajadores que han sido despedidos injustificadamente de sus trabajos. Aun cuando en definitiva obtengan una indemnización por sus años de trabajo o una reincorporación, la sensación de injusticia es irrecuperable a pesar de haber “obtenido en juicio”.



P: privación	S: simbólico
C: castración	I: Imaginario
F: frustración	R: real

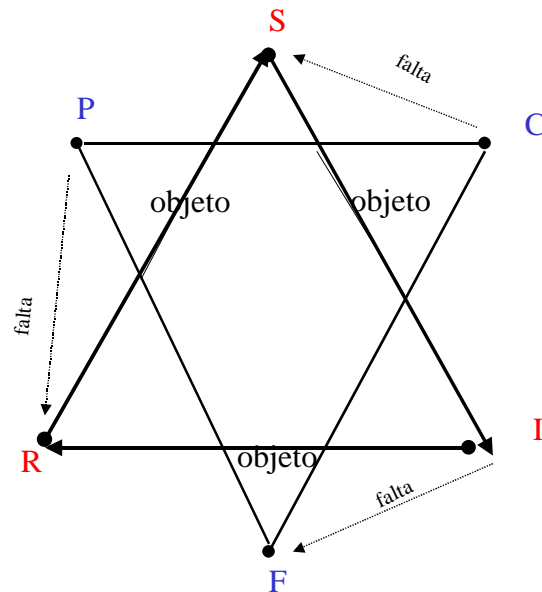


Ilustración 12. Esquema mnemotécnico de Jean Oury.

Requerimos entonces de la misma forma que atender al objeto y las carencias, atender al problema de los satisfactores de las necesidades.

En esa perspectiva es que me parece válida y operacionalizable la teoría del **Desarrollo Escala Humana**, en cuanto intentaron pensar esa relación desde una lógica distinta a la de la escasez y la mercancía. Según una doble ordenación de los criterios existenciales y ontológicos, en la articulación de ambos criterios son los diversos tipos de satisfactores los que varían cultural e históricamente, y no las necesidades, de manera que teniendo presente la constancia de las necesidades, hay que atender a la forma de relacionar y construir satisfactores en cada momento, ya que la forma de ellos dará por resultado una determinada forma de enfrentar las

necesidades humanas y un cierto modelo de desarrollo. La atención a los satisfactores es esencial, toda vez que no todos tienen ni la misma magnitud, ni el mismo efecto. No todos los satisfactores producen el mismo resultado, ya que unos son satisfactores sinérgicos y otros solo producen una pseudo satisfacción o generan efectos destructivos y no reproductivos, y que se deben preferir aquellos que generen solución coherente y sinérgica, es decir que permitan un desarrollo coherente y reproductivo de las condiciones de vida.

Tenemos entonces que en el esquema propuesto podría conceptualizarse en vez de objeto los satisfactores, para intentar de esa forma re articular el juego de necesidades y derechos, creando el acceso más que a objetos y bienes, que siguen siendo esenciales, relaciones e interdependencias que movilicen la carencia desde la castración, al constituirse un derecho de carácter material y no simbólico, hacia la resolución de las situaciones de privación, evitando la frustración. En la posibilidad que el derecho sirva para establecer relaciones que aseguren al acceso a los bienes y no a sus significantes radica la posibilidad de un derecho no esquizoide y de sujetos jurídicos no neurotizados. Así, modificando el esquema mnemotécnico seguido, podemos entender que el verdadero problema está en la solución de la privación, lo que profundizado por la aporía vivencial que provoca la esperanza en la *justicia formal* coloca como un segundo problema presente a la par que la privación el de la frustración, obligando entonces a pensar en instrumentos y procedimientos que no creen falsas expectativas sino que indiquen que lo que está en juego es una determinada posibilidad de solución, en una determinada orientación, y no un esquema imaginario previo que, bajo la forma del liberalismo, resulta ser en verdad no imaginario sino ideología de propiedad.

Modifiquemos un poco entonces el esquema para presentar esto que estoy diciendo y la forma como pueden ordenarse y reemplazarse los vectores en juego:

Recordemos los significados:

P: privación	S: simbólico
C: castración	I: Imaginario
F: frustración	R: real

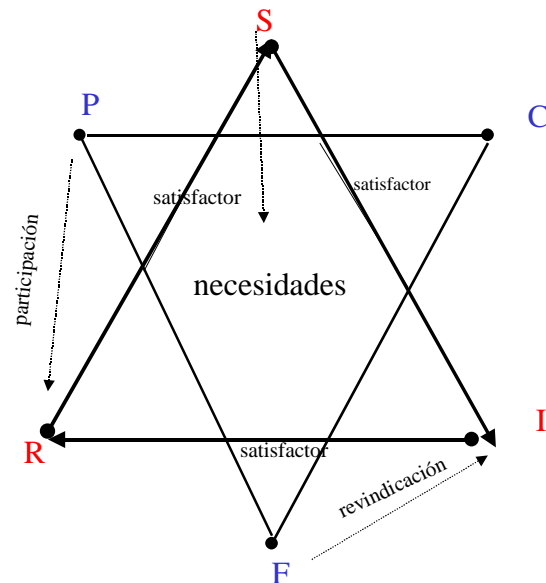


Ilustración 13. Esquema mnemotécnico de Jean Oury aplicado a la satisfacción de las necesidades.

El contenido ideológico de un derecho materialista y finalista como el que postulo debe construirse, no puede ser únicamente la propiedad privada como relación privilegiada, sino que **debe ser necesariamente la satisfacción de las necesidades, lo que implica poner el énfasis en otra forma de esas relaciones sociales**. El contenido simbólico entonces debe ser la materialidad de los bienes jurídicos y no su formalidad. El contenido instrumental debe orientarse a construir esa materialidad y a privilegiar la protección de los bienes jurídicos colectivos por sobre los individuales, sin perjuicio de adoptar mecanismos para evitar que estos sean subsumidos a la inversa que en el modelo actual; pero a su vez que operen abriendo espacios comunitarios y globales que rompan la tensión colectivo

individual. La función procesal se constituye entonces a su vez en una función en que el conflicto se centra no ya en el conflicto legal sino en uno mucho más amplio.

Como bien señala Manuel Jacques, lo anterior incide en el tipo de conflictos a resolver en cada escenario, ya que resultan distintos en un sistema normativo formal que en uno finalista orientado a la satisfacción de las necesidades humanas en su concreción material:

“Visualizado el Derecho desde este enfoque abierto a la sociedad real, el conflicto jurídico no solamente se establecerá con la estructura legal-institucional, sino también con las estructuras económicas, políticas y sociales”<sup>710</sup>. El campo de lo jurídico, que en la modernidad abarcaba en su función de control y disciplinamiento a toda la sociedad pero que solo era admitido a discusión e implementación en tanto tuviese por centro la propiedad privada y la mantención de un régimen que favorece su apropiación y circulación entre los propietarios, como símbolo y garantía de su libertad y subjetividad, se plantea ahora alcanzar y expandirse a todos los campos de lo social, a todos los dispositivos y a todas las esferas de producción de poder, intercambio, participación y sus economías.

El objetivo de éste derecho que busca la satisfacción de las necesidades no es ya el control, la represión o la disolución del conflicto, sino su resolución en procesos sinérgicos de integración y participación de los actores, que en las estructuras económicas resuelva la cuestión “de la concepción, control y distribución de los bienes... (Y en el nivel de las estructuras políticas y sociales) en torno al problema de cómo se genera y distribuye el poder en la sociedad”<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Derechos y necesidades humanas fundamentales: un nuevo enfoque de lo jurídico*. En “Las Nuevas utopías de la diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible.”. Santiago de Chile. Editorial Universidad Bolivariana. 2003. Pág. 266.

<sup>711</sup> Jacques Parragués, Manuel. Op. cit. Página 266. (el intercalado es nuestro).

La pregunta para el derecho no es como deben adjudicarse, protegerse o reivindicarse los bienes, en qué medida se tiene *facultad y disposición* sobre ellos y el acceso a éstos mismos y sus frutos, a cambio de otros que tengan poder liberatorio para su adquisición, sino que el problema de las necesidades se conceptuará de una forma mucho más amplia, acerca de quien, como y donde deben satisfacerse estas necesidades. Un nuevo derecho materialista y finalista, respecto de la pregunta sobre carencias, necesidades y objetos, desplaza estos últimos hacia el interrogarse por los satisfactores, punto esencial a la hora de enfrentar y resolver los conflictos sociales, que no son de conceptos y subsunción sino de materialidades.

Para este Nuevo Derecho, las necesidades humanas no son determinables, en cuanto a su posibilidad y grado de satisfacción, en forma previa, abstracta y universal, así como tampoco operan exclusivamente en un nivel individual de concurrencia contractual, ni su agregación de individualidades producirá un bienestar social por deriva natural. La satisfacción de las necesidades humanas es algo que debe observarse, juzgarse y construirse a partir de su actualidad inmanente y material, teniendo presente que ellas dependen esencialmente de la forma de producción y distribución de riqueza a partir del trabajo humano, como un acto de acoplamiento solidario y no egoísta destructivo. Los satisfactores de esas necesidades existencial y antológicamente determinadas hacia la reproducción solidaria requiere generar, reordenar y articular los satisfactores también de una manera solidaria, que produzca entornos ecológicamente adecuados para los acoplamientos entre individuos y no la destrucción de los mismos, de manera que su práctica, distribución y redistribución provoque sinergia económica y social y por lo tanto una satisfacción colectiva potenciadora de nuevos y repetidos encuentros.

Lo anterior implica operar también desde el espacio del lenguaje, reajustando y resignificando los campos de producción de la vida individual y social. Así, el espacio de los requerimientos mínimos para la subsistencia no pueden ni deben ser tratados como fenómenos culturales de la economía y el derecho sino como atribuciones biológicamente necesarias, en los que la comida, los espacios de habitación o de entorno de afectividad personal básicas (vivienda, espacios

geográficos próximos, etc.) corresponden a una garantía mínima que debe orientar toda organización social, y solo los saldos cualitativos y cuantitativos posteriores pueden ser objeto de administración o adjudicación.

Solo concibiendo las necesidades desde lo múltiple, lo plural, lo complejo y lo incierto y posible de construir nuevas relaciones sociales y estructurales es posible llenar el vacío de la privación, ajustando las expectativas de las respuestas jurídicas a partir de la pregunta misma, disminuyendo la frustración y generando un sentido ideológico, simbólico y semiótico del derecho que impida la castración de la dignidad humana y su alienación en la propiedad.

### **Replantando las preguntas de la juridicidad.**

Si como ha planteado Eduardo García Maynez la juridicidad estaría compuesta de tres esferas, las del derecho vigente, del intrínsecamente válido y del derecho eficaz<sup>712</sup>, en otras palabras de valores, realidad y normatividad, la conjugación que éstas produjeron durante la modernidad, y específicamente en la modernidad liberal capitalista, absolutamente hegemónica respecto de las otras formas de producción social de derecho, esta adquiere una doble interacción dialéctica sobre la propiedad privada y los valores que la sustentan, subsumiendo la realidad social en la real defensa de los valores y la posición de los propietarios. Se ha verificado una verdadera alianza entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en una versión que se asocia tanto en la meta-espacio de la abstracción a la vez valorica y de razonamiento como en la perspectiva de operacionalidad de defensa de la propiedad privada y el contrato como forma de relación.

---

<sup>712</sup> Al respecto puede verse la denominada **Teoría de los tres círculos**, en García Maynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Puebla. Distribuciones Fontamara S.A. 1993.

Las perspectivas de juridicidad, más allá de los deseos de Kelsen incluso, se han traducido en una organización del orden-patrimonio-contrato, regulado y controlado por la fuerza institucional en contra de quienes no poseen propiedad, no adhieren a esos marcos o se rebelan en su contra. Un entramado de normas, valores y fuerza organizada a la defensa y reproducción del orden de la abstracción de una justicia sin cálculo en una producción del cálculo maximizado del capital. “El desarrollo dialéctico de la idea jurídica, que se inicia con la afirmación de los ideales de justicia, conduce a la creación de una instancia que si bien tiene como finalidad última la realización de esos ideales, empieza por negarles beligerancia como criterios ultra positivos de valoración, y pretende reemplazarlos por un criterio nuevo, de índole formal”<sup>713</sup> que acaba desplazando la discusión del acceso a los bienes como fin al del derecho sobre el bien como principio de organización y defensa.

¿Es posible en esa perspectiva hablar de derechos humanos y de satisfacción de necesidades para los sujetos sin poner en cuestión el valor de primacía de los privilegios de los propietarios, que sobre su materialidad disponen los derechos, encubierto por la abstracción de un orden mediado de primero derechos y después materialidad que de ello deriva?

Como señala Gilles Deleuze “El concepto de valor, en efecto, implica una inversión crítica. Por una parte, los valores aparecen o se ofrecen como principios: una valoración supone valores a partir de los cuales ésta aprecia los fenómenos. Pero por otra parte y con mayor profundidad, son los valores los que suponen valoraciones, puntos de vista de apreciación, de los que se deriva su valor intrínseco. El problema crítico es el valor de los valores, la valoración de la que procede su valor, o sea, el problema de su creación”<sup>714</sup>. De manera que vale la pena insistir una vez más en esta pregunta, que ahora podemos formular de la manera siguiente: **¿Cuál es la verdadera grundnorm oculta en la juridicidad moderna?** Solo teniéndola a la vista, visibilizándola, será posible establecer una diferencia afirmativa imprescindible para pensar otro derecho.

<sup>713</sup> García Maynez, Eduardo. Op. cit. Página 174.

<sup>714</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Barcelona. Editorial Anagrama. 2002. Página 8.

Una respuesta al punto es la presencia del **poder de dominación** como constituyente de la subjetividad dominante misma, donde el sujeto puede ser decidido y producido. La otra, la que nos interesa directamente en ésta parte, es el develar el **valor propietario** como sustento de los otros valores que aparecen como substantivos de su práctica y verbos de su reproducción y defensa.

Recordemos que Kelsen, buscando dar coherencia explicativa al entramado de imputaciones normativas (expresión jurídica de la sociedad en el derecho) señalaba que “Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única”<sup>715</sup>, en definitiva la voluntad del primer constituyente (instituyente a la vez); norma fundamental que no es en verdad una norma jurídica puesta sino supuesta, que funciona a manera de una hipótesis básica. Como él mismo lo indica “La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución”<sup>716</sup> en que se constituye un orden que en definitiva busca ser válido y eficaz, en que “la relación entre la validez y eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza”<sup>717</sup> y que asegura su validez armonizando su funcionamiento en relaciones jerárquicas que permitan remover toda contradicción entre dos normas que pertenecen a un mismo sistema. Para esa resolución la prescripción de lo debido adquiere un carácter absoluto en que “el derecho debe ser aplicado aún si es considerado malo”<sup>718</sup>. Esa garantía corresponde a la función jurídica esencial del estado, la de constituir un orden de instrumentos y conductas en que los individuos se someten a ese orden al aceptar que ese poder jurídico implica “la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden”<sup>719</sup>. El círculo del orden se cierra cuando se comprende y se operacionaliza el principio que reza “La eficacia de

---

<sup>715</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba. 1999. Página 111.

<sup>716</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 114.

<sup>717</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 116.

<sup>718</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 135.

<sup>719</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 154.



una norma es, pues, una condición de su validez”<sup>720</sup>, la coercibilidad en defensa de la suposición originaria.

Si aplicamos el modelo kelseniano y exploramos la pregunta por la norma supuesta constitutiva del orden jurídico y material liberal, tanto en su versión histórica como global, podemos descubrir claramente cuál es su valor de fondo, cual su mecanismo de reproducción y el lugar de las necesidades relegadas a un valor terciario respecto de las funciones de sus instituciones como del discurso del derecho frente a los sujetos.

Si desde su inicio histórico revolucionario el modelo liberal burgués debió afirmar el acto propietario que quitaba poder material al antiguo régimen, aparece claro como el valor tras la pirámide jerárquica es la defensa, promoción y producción de la propiedad privada, en un sentido de acumulación y de constitución y reproducción formal del régimen liberal vía sistema contractual de intercambio e interrelación. En ese sentido en que la apropiación y defensa de la propiedad privada es el argumento final, en que las normas y regulaciones, la validez y eficacia de las normas garantizan y resguardan esa relación material mediante una coercibilidad organizada en su reproducción, los demás valores se subordinan a estos. De allí que tal como dijimos la idea liberal de lo justo es en verdad una noción formal de primacía del derecho como mecanismo de legitimidad puramente formal, que al no atender al punto de las necesidades materiales de todos los individuos de la trama productiva finalmente encubre las relaciones sociales que se sustentan en el derecho de propiedad, la verdadera grundnorm oculta.

Ello resulta determinante entonces por que, siguiendo el modelo de Kelsen, puede apreciarse como, sin importar la diversidad de discursos, fines y funciones de partes diversas del sistema normativo que se impone, al fin y al cabo todas ellas están destinadas a ser resueltas en función de ese valor original, a reordenarse, a rectificarse y ajustar las contradicciones y desviaciones, reordenando una y otra vez el juego de apropiación, producción e intercambio a la pirámide normativa de la

---

<sup>720</sup> Kelsen, Hans. Op. cit. Página 32.

norma supuesta e impuesta. Esa posibilidad es la que en definitiva ha permitido que en la era global la funcionabilidad sistémica haya adquirido una implementación de extensión mundial y de reproducción y actualización instantánea total. En su punto de partida ya estaba el germen de la reproducción, expansión y maximización del tiempo y la postergación y subsunción de los demás valores y discursos de equidad material o simbólica.

La cuestión central de la discusión en el derecho, así como para los discursos de derechos humanos dentro de éste sistema, no es una elección entre norma y necesidad, sino de norma sobre norma y en función de ellas, de ese juego, una economía de la escasez, la carencia, los satisfactores y los bienes resuelta en base al principio de imputación normativa con independencia de la realidad material sobre la que se aplica. La única necesidad posible en la tensión entre norma válida y norma eficaz es la misma que entre propiedad privada y derecho de propiedad, una cuestión de reproducción: el ajuste al valor esencial de su existencia como modelo.

Se hace necesario en ese contexto, para retomar el punto de la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales como un requerimiento y una medida de constatación de lo justo, plantearse una perspectiva que quiebre la tensión binaria norma-realidad que somete a la segunda al imperativo de la primera. En ese sentido es que me parece necesario esbozar algunas cuestiones que permitan desde el punto de vista de la articulación del valor fundante y el juego de las necesidades y su satisfacción sentar bases para otro derecho.

¿Por qué es indispensable preocuparse de la satisfacción de las necesidades para un derecho que aspire a cumplir una función de emancipación social? Precisamente por aquello, porque el derecho patrimonialista, formal y abstracto de la modernidad finalmente hace caso omiso de las necesidades, del real problema de la privación que es sobre bienes y recursos y no sobre conceptos, facultades o cartas de derechos. La inversión de valores que nos propone el formalismo de la abstracción jurídica es finalmente una inversión de la realidad al mundo de la norma, de la materialidad al fenómeno de los conceptos, a las decisiones en base a la subsunción de lo real en lo abstracto, de lo cotidiano en el tiempo proyectado de la

no urgencia, de lo justo como reproducción de lo establecido y cono como un cálculo distinto de lo existente en base a lo necesario.

Constantemente se repite que el valor central del derecho es la justicia, y lo justo es presentado o como un proceso de elección racional (Rawls) o una reafirmación de la aplicación de la norma formalmente válida como única experiencia de esa justicia (Kelsen). De ésta forma se mantiene la idea de que todo el problema entonces es uno de adecuación, de acoplamiento de los procesos a la norma, una discusión abstracta de cómo ordenar el proceso, dentro de un juego de recursos ya ordenados desde un comienzo por el valor absoluto de la propiedad y los procedimientos pre-definidos e inmodificables de la forma, en que los conflictos son de anomias y antinomias y no de una posición de realidad frente a otra, y ambas constituidas por sujetos concretos en lugares de posesión y de poder concretos y diferentes.. Sin embargo la posibilidad de determinar de una manera mensurable que es lo justo, sigue vaciado de contenido y de materialidad.

Aquí es donde la pregunta por la relación entre derecho y necesidades adquiere su importancia.

Hasta ahora los derechos han sido presentados como facultades o como garantías resguardadas, sin que se distinga -ni en uno ni en otro caso- la situación de materialidad en que adquieren concreción. El derecho a la vida, al debido proceso, al medio ambiente, entre otros, sería supuestamente igual para todos. Se olvida, o se pasa por alto, que la posición social, étnica, sexual, racial, etc. determinan decididamente las diferencias de acceso y concreción de esos derechos, porque lo que está en el fondo no es la aplicación de la norma y su enunciado, sino la forma como se accede a los bienes, recursos y relaciones sociales (los satisfactores) que en definitiva permiten la satisfacción de una necesidad sin provocar efectos de frustración o castración.

Para la propuesta formalista abstracta el derecho queda determinado al principio de la conjugación de una vez y para siempre, el cómo se reproduzca aquello carece de importancia, debe volverse a la definición original siempre, la

norma lo garantiza y el procedimiento formal de paso por un juego de etapas determina no solo una forma racional de obtenerlo sino además un resultado de satisfacción de por sí.

Sin embargo la pregunta sigue pendiente: cuando un derecho se concretiza: ¿al asegurarse su garantía o al dotarse de materialidad? Porque de ser ésta última la opción, que es la que señalamos como necesaria de introducir, los derechos deben traducirse en un derecho palpable, susceptible de constatar como efectivo, realizado, materializado al final del proceso de adquisición, un proceso de efectividad medible y verificable y no solo obtenido por haberse otorgado previamente en un título abstracto de tenencia sin posesión efectiva. Lo anterior requiere entonces completar la materialidad del derecho que se pretende, y es precisamente allí donde las necesidades y su forma de satisfacción establecen la relación:

Un derecho existe no cuando se declara sino cuando se completa y satisface la carencia que tras su demanda subyace, y esto ocurre cuando la necesidad humana fundamental insatisfecha que se representa a través de él, en tanto privación efectiva, se efectiviza y completa mediante un proceso participativo, de redistribución de los recursos movilizados hacia su satisfacción. Como vimos en la revisión de las propuestas sobre necesidades humanas, aquellas que se sitúan en la satisfacción efectiva implican no solo una declaración sino también un procedimiento de legitimidad no formal previa sino de finalidad como sentido de producción. Por eso he hablado de perspectivar al derecho no en el esencialismo de un origen supuestamente neutro y aséptico que esconde ese valor de los valores a construir, esa *grundnorm* oculta, sino en el finalismo que concurre a satisfacer las necesidades humanas fundamentales. Ya no una atribución ni una imputación como punto de partida, supremacía del absoluto dialéctico liberal hegeliano, sino un derecho como punto de llegada. Los derechos en si no existen, se construyen, se apropian en su espacio social en la medida que se constituyen los sujetos en sujetos de sí mismos, de su propia creación, en la medida que se reapropian de sus procesos materiales de producción cultural, y dejan de ser expropiados de su soberanía sobre si, su entorno y sus relaciones.

No solo el concebir los derechos como una meta que requiere objetivarse y verificarse disuelve el sentido ontológico del abstraccionismo jurídico, sino que cambia el fundamento de legitimidad de los procedimientos para obtenerlos, el papel del cálculo de justicia y la relación necesidades tiempo de satisfacción de los orígenes del conflicto social, generalmente una privación material de bienes y relaciones en alguno de sus grados.

El procedimiento de satisfacción de esas necesidades adquiere finalidad y materialidad en sí mismo y no solo como vehículo de decisiones racionales abstractas y de cierta forma efectuadas desde antes y desde fuera de éste procedimiento. En la procesualidad formal las decisiones que importan, las de los intereses resguardados y los del deber ser imputados ya fueron definidos por alguien, no necesariamente los actores del conflicto de necesidades, fuera de la relación procesal y solo se discute acerca de su adecuación, no existe en verdad proceso de acceso a la justicia, es decir al recalcular y re conjugación de posibilidades de resolución, con plena participación de los actores.

En una legitimidad no formal la participación en el proceso mismo - en condiciones de igualdad, y de mantención permanente de las posibilidades de re escrituración de los elementos del proceso de satisfacción - resulta vital para no cancelar una revisión de los fundamentos como de los instrumentos en pos de una solución efectiva y material de la carencia que origina el conflicto. La pregunta que intenta resolver no es si este es el procedimiento que debe aplicarse para imputar tal o cual deber ser, sino si la situación existente y su confirmación es adecuada para resolver el problema. De manera que si el procedimiento mantiene las condiciones que existían para dar origen al conflicto no satisface la perspectiva finalista, sino que se requiere una redefinición de las condiciones para su solución. También la legitimidad se juega en el resultado que se obtenga.

De ésta forma, orientado el derecho en una doble perspectiva materialista y finalista de satisfacción de las necesidades implica replantear también los conceptos

de sujeto, justicia y tiempo de producción de la juridicidad. No se trata de eliminar toda formalidad sino de relevar la realidad en una doble perspectiva de levantarla a igual nivel de presencia en el razonamiento jurídico y en los discursos de derechos humanos, de manera que se hable de contextos y materialidades y no de normas; y por otra de hacerla primar en el razonamiento de resolución misma del complicito. Solo así adquieren actualidad los sujetos involucrados, el cálculo sobre que es justo y que no y el tiempo de resolución de los procedimientos y de resultado. Solo reappropriándose de la realidad completa: bienes, relaciones, significados y significantes, es posible concluir que una necesidad se encuentra efectivamente satisfecha, y hacer de éste proceso de construcción la verdadera grundnorm del discurso jurídico en todos sus niveles, una finalidad que hace respetable el constituir la en el verdadero valor de tras de los valores a producir y defender.



## **EL APORTE DE LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y PRÁCTICA DE LOS SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS.**

“Se entiende por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; o, lo que es lo mismo, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada”.  
(Modesto Saavedra).

Comer bien era muy raro;  
comer poco era normal.  
Comer era subversivo para el señor militar.  
(Piero).

### **Proposición inicial: recapitular contenidos y sentidos.**

En los capítulos anteriores intentamos una discusión de él y con el paradigma de la modernidad, aproximándonos a él en una descripción de sus bases epistemológicas, culturales, políticas y jurídicas. Así se ha descrito la concepción científica del mundo, la racionalización de los procesos comunitarios y sociales mediante la construcción de un marco explicativo de los fenómenos cognitivos primero, de la producción después, de la institucionalización del proyecto político mediante la institución de un modelo de soberano ejercido desde un órgano central impersonal, generando métodos de mediación de las disputas sociales, que llevaron a configurar un aparato de dominación que incluyó toda una lógica burocrática de procedimientos de acción y coacción sobre los espacios territoriales y humanos, al diseño de dispositivos ideológicos e instrumentales con los que efectuar el acto de dominación y que constituye la esencia del proyecto estatista moderno que reserva y ampara - con su monopolio de la fuerza armada - el *laissez faire* con que la actividad económica privada desarrolla un proceso de acumulación en un modo de



producción que vuelve a activar el círculo de protección y producción institucional que hemos descrito.

En esa discusión, hemos llevado el ejercicio del discurso en una triple perspectiva, que ha buscado a la vez describir el estado de los fenómenos, luego discutirlos desde una perspectiva crítica, es decir aludiéndolos en sus puntos de contradicción, denunciando su ambigüedad y los ocultamientos y falseamientos de los contextos materiales sobre los que se desarrollan, interponiéndoles los actos de opresión que el ejercicio de ellos conlleva y sus efectos sobre los contextos psicosociales, comunitarios, biológicos y ambientales sobre los que el modo de producción, sus instituciones, aparatos y dispositivos operan; para intentar en cada uno de esos movimientos, acompañarlo de un tercer proceso de apertura de esa tensión, que no sólo discute y critica sino que además afirma una condición de posibilidad diferente. De la misma forma se articularon los puntos en discusión de manera que incluyendo el contexto más amplio posible y pertinente, permitiese iniciar esa discusión desde el paradigma global de la modernidad para aterrizar con plenitud en el campo del derecho que, a pesar de la situación que la era global ha tendido sobre sus discursos y actuaciones, presentándolo como un instrumento debilitado frente a la economía y a la lógica de sistemas.

Era necesaria esa larga exposición que asumiese el estado tanto histórico como actual de los procesos materiales y culturales de la modernidad racionalista y capitalista para poder efectuar esa inflexión de la crítica, que supere la mera contradicción de posiciones y se constituya en un proyecto de reconstrucción de las bases de una cultura jurídica diferente.

En lo sucesivo intentaré ampliar y reeditar esa discusión y resituarla, operando con una serie de preguntas y de afirmaciones que nos permitan, ya desde dentro del campo del derecho proceder primero a su apertura, segundo afirmar las posibilidades que esa operación permite, tercero replantear las bases de la juridicidad y su finalidad, y cuarto, discutir derechamente las bases de una nueva cultura jurídica que represente un proyecto de superación de los esquemas operacionales y de dominación de la modernidad. Una transducción de valores, de

métodos y de miradas sobre la juridicidad que la constituya en una poética política de signo transmoderno.

En esa dirección es que me parece esencial revisar, como primer movimiento de apertura, la historia y las propuestas de lo que han sido los movimientos de crítica jurídica. Hay allí a mi entender una clave muy potente de contradicción del modelo hegemónico, pero también de afirmación de diferencias que permiten esa apertura epistemológica y, por lo mismo, jurídica y política.

### **El aporte de los movimientos jurídicos críticos.**

Sobre la historia de las posiciones más representativas de las que podemos denominar Teorías Críticas del Derecho, ya Antonio Carlos Wolkmer, en su libro "Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico"<sup>721</sup>, ha hecho una suerte de recuento del tema, sus grupos, corrientes y aportes. Trece años después de ese texto magníficamente ilustrativo parece posible algo que en un trabajo anterior<sup>722</sup>, planteábamos como una pregunta abierta: el si existía en esa compleja agregación de posiciones una posición teórica que sirviese de base para una nueva cultura jurídica, que pasase de la crítica a la afirmación de un proyecto de construcción de otro derecho. Cuando se revisa con el paso del tiempo la solidez de esas experiencias rodeadas de emergencias, urgencias y nacimientos, existe claridad para afirmar que allí se gestó una importante base para una cultura jurídica que no sea monista, positivista, profesionalizantemente disciplinar ni liberal individualista.

Se trata de un movimiento que, en discusión con los paradigmas dominantes en el derecho, se ha preguntado y se pregunta por las formas en que se hace práctica cultural, política y jurídica no en el mundo abstracto de la conceptualización

---

<sup>721</sup> Wolkmer. Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. Editora Acadêmica. Sao Paulo. Brasil. 1995 (2ª edición).

<sup>722</sup> *Síntesis Y Desafíos Del Derecho Alternativo. Teoría y practica de los Servicios Legales Alternativos*. Tesis para optar al grado de Maestro en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Ibero América. Universidad Internacional de Andalucía, sede La Rábida. Huelva, España. 1995.

legal sino en un mundo material expuesto a riesgos continuos. Se ubica, de alguna forma, en la línea de cuestionamiento que planteaba Foucault cuando señalaba que "el asunto central de la filosofía y del pensamiento crítico desde el siglo dieciocho ha sido -y aún lo es, y espero seguirá siéndolo- la siguiente pregunta ¿Qué es esta Razón que usamos? ¿Cuales son sus efectos históricos? ¿Cuales sus límites y peligros? ¿Como es que existimos como seres racionales y practicamos afortunadamente una racionalidad que está cruzada desafortunadamente de intrínsecos peligros?"<sup>723</sup>. Pero que se ubica además en las preguntas por las formas como la racionalidad jurídica se expresa y contribuye a los proyectos que operan sobre esa realidad.

Es en esa óptica donde se perfila una corriente teórica crítica, que denuncia los límites de la epistemología tradicional y marca la diferencia con ella; que deja claro que "frente a la idea de conciencia y de razón en la Teoría Tradicional, en que está vinculada al mundo de la naturaleza y a un presente de contemplación, la Teoría Crítica expresa la idea de la razón vinculada al proceso histórico social y a la superación de una realidad en constante transformación"<sup>724</sup>.

Constatando la incapacidad de respuestas en las disciplinas de análisis social, ya sea en los modelos de democracia formal pensados y ejercitados, o en los enfoques normativos que los acompañan, es que se generaron una serie de corrientes críticas también en el ámbito del derecho. Diversas en sus orígenes y en sus prácticas, plurales en sus planteamientos, apuntan, coincidiendo en esto, a definir propuestas "no ya destinadas a mantener la seguridad, la eficiencia y la dominación de un poder normativo injusto, sino a ejecutar una práctica político-social de una cultura inclinada a construir una sociedad democrática"<sup>725</sup>, a construir nuevas relaciones sociales que modifiquen las racionalidades de desarrollo impuestas, orientadas a la satisfacción de las necesidades humanas, las que acarrearán también una dimensión jurídica.

---

<sup>723</sup> Foucault, Michel. citado por James Miller en *La Pasión de Michel Foucault*. Editorial Andrés Bello. 1995. Santiago. Página 453.

<sup>724</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. Editora Acadêmica. Sao Paulo. 1995. Página 16.

<sup>725</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 25.

Estas diversas perspectivas han intentado, de una u otra forma, una crítica profunda de la concepción jurídica tradicional, discutiendo los límites del saber jurídico, del orden como praxis de satisfacción de las necesidades humanas, generando un *sentido* de lo jurídico que ha pretendido ampliar la discusión más allá de lo puramente normativo, introduciendo las relaciones sociales en el derecho, ligándolo a procesos de democratización, participación y satisfacción de necesidades humanas fundamentales, cambiando así la valoración de lo jurídico, introduciendo un nuevo patrón de valor. Si bien esta apertura de lo del derecho más allá de lo normativo no es nuevo, si tiene de novedoso la introducción de una finalidad material de satisfacción, una nueva forma de enfrentar el problema de los valores, ya que "Desde éste punto de vista de valoración del derecho, la satisfacción de las necesidades fundamentales del Hombre pasan a constituirse en el supremo bien jurídico protegido, al cual deben ordenarse los sistemas jurídicos y el conjunto de sus normas."<sup>726</sup>

Intentemos en ese sentido una reseña de cada uno de esos movimientos y de sus aportes fundamentales.

#### La crítica al derecho en Europa.

El modelo jurídico moderno es obra de la modernidad europea y por lo mismo su universalidad una pretensión de unificación nacional. Ya sea en sus raíces latinas o anglosajonas, su desarrollo y potencia es parte misma de la historia de la modernidad euro céntrica. No resulta extraño entonces que buena parte de la crítica a la concepción dominante del derecho venga de Europa. El cuestionamiento de la noción de la actividad jurídica como una actividad puramente técnica, científica en tanto exclusión de todo elemento valórico; la impugnación de una noción de sociedad en que conviven particulares abstractamente iguales, donde los conflictos

---

<sup>726</sup> Jacques Parragues, Manuel. *Una Concepción Metodológica del Uso Alternativo del Derecho*. Querqum, Centro de Acción y reflexión para el cambio. Documento de debate N° 1, Marzo 1986. Santiago. Página 1.

se producen únicamente entre individuos y son canalizados y resueltos por tribunales compuestos de jueces que se ubican por sobre los conflictos sociales y las pasiones humanas, que realizan una labor técnica propia de un derecho científico, resulta no hegemónica, pero sí una cuestión importante dentro de la discusión político social europea. Desde los escritos del Divino Marqués en *Filosofía en el Tocador*<sup>727</sup>, en pleno desarrollo de la Revolución Francesa (1795) en que criticaba el derecho de apropiación sobre los otros seres y sus destinos mediante las instituciones que se funden en el matrimonio, como su alegato contra la igualdad ante la ley; o la célebre conferencia de Gustav Von Kirchmann acerca de que el derecho no es ciencia en 1847, los escritos de Marx y Engels en el Manifiesto Comunista (1848) o el *Antidhuring* (1877-1878); la crítica profunda de Bakunin a un Estado deificado después del desplazamiento laico de Dios a un órgano generador de un derecho opresor (*Dios y el Estado*, 1871); así como los argumentos indirectos de la Escuela de Frankfurt sobre modernidad, Estado y opresión; permanente y persistentemente la crítica a las formas jurídicas han pronunciado su desacuerdo al modelo hegemónico.

Durante el Siglo XX ésta crítica se hizo aún más específica. Así por ejemplo, la Association Critique du Droit en Francia, opone al individualismo formalista y al positivismo normativista una teoría jurídica construida desde un referencial metodológico fundado en el materialismo histórico (Michel Mialle, Antoine Jeammaud o André-Jean Arnaud). En Bélgica autores como François Ost o Jacques Lenoble, por su parte proponen una discusión epistemológica acerca del objeto mismo del debate jurídico. La Sociología de la Retórica y las reflexiones en el marco de la Antropología Jurídica de Boaventura de Sousa Santos en Portugal, las diversas corrientes anti dogmáticas en Italia y España, han avanzado en un debate que ha enfocado el problema jurídico desde una perspectiva mucho más profunda de lo que, por ejemplo, hicieron autores como Poulantzas en su reflexión desde el marxismo sobre el derecho como parte de la superestructura capitalista.

---

<sup>727</sup> Al respecto, escribe Sade que “Mientras las leyes sean como hasta hoy, usemos algunos velos; la sociedad nos constriñe a ello” (Página 44); “tu cuerpo te pertenece, solo a ti, y solo tu tienes el derecho de gozarlo y hacerle gozar con todo aquel que te parezca” (pagina 45); o “sería un absurdo querer prescribir leyes universales; este proceder sería tan ridículo como el de un general del ejercito que quisiese que todos sus soldados llevasen un uniforme hecho a la misma medida. Es una espantosa injusticia exigir que los hombres con caracteres diferentes se plieguen ante iguales leyes”. Sade, Donathien Alphonse Francois de. *Filosofía en el Tocador*. Edimat Libros. Madrid. 1978. Página 132

Por su énfasis en la operacionalidad y la herencia hacia ibero América, resulta particularmente interesante la corriente que se denominó como Uso Alternativo del Derecho, surgida en Italia y extendida posteriormente a España, acabó influenciando una generación de juristas y deja huellas en la judicatura, los juristas y la teoría garantista del derecho penal. Sus énfasis, señala el español Nicolás López Calera, "responden entre otras cosas a la crisis que sufren los modelos de ciencia jurídica y del mismo derecho que, con mayor o menor fortuna han estado y están vigentes en el ámbito de la cultura jurídica burguesa de occidente"<sup>728</sup>. De esta forma "la doctrina del Uso Alternativo del Derecho aparece como un aspecto más de esa crisis en el intento de reconducir ese mismo modelo de derecho a sus más radicales contradicciones, como sería la de servir al proceso de emancipación de la clase trabajadora y en contra, por consiguiente, de la clase burguesa y capitalista"<sup>729</sup>. Básicamente se pretendía una reconducción de lo jurídico desde la actividad jurisdiccional, instalando en ella los conflictos políticos de la sociedad para obtener soluciones favorables a las mayorías trabajadoras, abriendo los enclaves que restringen la democracia, buscando entender y abarcar las dicotomías y lagunas de los ordenamientos normativos. "Por eso la novedad del punto de vista alternativo, que ha venido a sustituir el rechazo incondicionado por una recuperación dialéctica del nivel jurídico-institucional concibiéndolo como un campo más en que el esfuerzo por la democracia real es posible y que ofrece al mismo tiempo instrumentos susceptibles de ser recuperados "<sup>730</sup>.

Una de las novedades de ésta postura fue su carácter orgánico. En Italia, la Magistratura se dividió en corrientes, la UMI (Unioni Magistrati Italiani), de posición moderada, la Asociación de Magistrados, que contuvo en su seno una serie de corrientes contrastantes: a la derecha la Asociación de los Magistrados Independientes; en el centro Impegno Costituzionale; a la izquierda Magistratura Democrática (M.D) que, "proclamándose fiel a la Constitución, se apoya en una concepción dicotómica de la sociedad, y en consecuencia asigna al juez un papel

<sup>728</sup> López Calera, Nicolás. *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978. Página 11.

<sup>729</sup> Lopez Calera, Nicolás. Op. cit. Página 12.

<sup>730</sup> Ibañez Perfecto Andrés. *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*. Obra citada. Página 64.

distinto, más explícitamente político"<sup>731</sup>. En ésta última se alojaba la reflexión alternativista. Mientras que las corrientes tradicionalistas señalaban que "el juez no tiene otra opción que la de aplicar la ley como lo que es, según lo que afirma y estatuye, incluso cuando su contenido parezca no corresponder a las exigencias sociales, o no refleje el común sentimiento de justicia"<sup>732</sup>, Magistratura Democrática señalaba que "nuestro papel de alternativa se basa en una elección de bando consciente, de contenido opuesto al que informa la jurisprudencia burguesa de inspiración autoritaria o reformista racionalizadora: una opción no ya politizada, sino politizada en sentido inverso y contrario, o sea, no orientada a la defensa y al servicio del asentamiento capitalista, sino a la emancipación, de las clases subalternas. Este papel se realiza fundamentalmente con una jurisprudencia alternativa de la inspirada por los intereses burgueses; una jurisprudencia que, como se lee en la relación de la Toscana, encuentra su título de legitimación en el artículo 3<sup>733</sup> de la Constitución, que con el deber impuesto a la República de realizar una igualdad substancial entre los ciudadanos, permiten una clara y legítima opción de las clases subalternas"<sup>734</sup>. Se trataba de una reorientación del trabajo de la judicatura relevando su papel social, de manera que "La práctica jurídica alternativa implica introducir al derecho en el interior de las relaciones sociales. Introducir al juez en los conflictos sociales, en la lucha de clases no ya como un árbitro imparcial, sino comprometido con los intereses no realizados: los de las grandes mayorías"<sup>735</sup>.

---

<sup>731</sup> Barcellona, Pietro. Coturri, Giuseppe. *El Estado y los Juristas*. Editorial Fontanella S.A. Barcelona. 1976. Página 36.

<sup>732</sup> Barcellona, Pietro. Coturri, Giuseppe. Op. cit. Página 88.

<sup>733</sup> El artículo 3 de la Constitución Italiana de 1947 dispuso:

*"Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni condiciones personales y sociales.*

*Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".*

<sup>734</sup> Barcellona, Pietro. Cotturri, Giuseppe. *El Estado y los Juristas*. Obra citada. Pagina 88 y 89.

<sup>735</sup> Muñoz Gomez, Jesús. *Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho*. En: *El Otro Derecho*, N° 1. ILSA, Bogotá. 1988. Página 53.

También en España se produjo un movimiento similar. En el libro *Sobre El Uso Alternativo Del Derecho*<sup>736</sup> de Nicolás López Calera, Modesto Saavedra y Perfecto Andrés, de 1978, se contiene una suerte de recuento de tales experiencias en el país español. La búsqueda por un Uso Alternativo del Derecho, como práctica judicial re introductora del derecho en la sociedad y sus conflictos, con la exigencia ética, jurídica y política a los jueces de poner en el centro de sus resoluciones, su análisis y dictamen en favor de las grandes mayorías, para romper con la separación entre Estado y Sociedad Civil sustentada por el derecho liberal.

Con el tiempo, pese a haberse perdido la fuerza contextual de su surgimiento esa tendencia neo marxista de crítica del derecho de los años sesenta y setenta derivó, o evolucionó (según el punto de vista), en alguno de sus autores, en una propuesta que, con base en los planteamientos críticos de desacralización de la ley y del ordenamiento jurídico y de introducción del punto de vista externo en ese razonamiento, posee hoy características distintas. Manteniendo el compromiso con valores sociales "progresistas" de respeto a los derechos fundamentales, se plantea no ya la transformación estructural de las sociedades y como aportar a aquello desde el derecho, sino más bien un reforzamiento de la democracia y del estado de derecho, tomando postura en la discusión acerca de la crisis del denominado Estado Social de Bienestar. Hablamos en consecuencia de una propuesta filosófica jurídica que los autores que la sustentan, en especial Luigi Ferrajoli, han denominado como Garantismo Jurídico.

Mari Ángeles Barvere Unzueta, conceptúa el Garantismo señalando que "Entiendo por tal una ideología jurídica que partiendo del reconocimiento de los valores o principios recogidos en las constituciones modernas tiene como finalidad protegerlos y desarrollarlos."<sup>737</sup> Se trata de una renovación de la discusión entre valores y garantías que, consagradas en las constituciones, resultan un componente fundamental para un Estado de derecho.

---

<sup>736</sup> *Sobre el Uso Alternativo del Derecho*. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978

<sup>737</sup> Barvere Unzueta, Mari Ángeles. *Feminismo y Garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?*. Anuario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. Nueva época. Tomo 9. Ministerio de Justicia. Madrid. 1992. Página 75.



Luigi Ferrajoli, en su libro *Derecho y Razón* desarrolla extensamente estos tópicos.

Señala allí que durante la década del setenta la escena criminal en Italia registró la aparición de delitos de gran impacto social (el terrorismo, la mafia, etc.), lo que hizo surgir un derecho penal de excepción, expresión que "designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas del juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada".<sup>738</sup> Esto significa que la teoría y la práctica jurídica penal hace primar la *razón de estado* por sobre la razón jurídica. En la constitución del estado moderno, la tradición política liberal, y dentro de ella el derecho penal y en específico el tratamiento de los delitos políticos, trajo consigo la aparición del Estado de Derecho, que implicaba la estricta sujeción de todos a la legalidad, lo que significó poner al estado como un medio que posibilita el cumplimiento y desarrollo de los derechos de los individuos: frente a esto no existe poder alguno que justifique el que las garantías de ese individuo (consagradas positivamente en las constituciones) sean vulneradas.

La excepción basada en una Razón de Estado que coloca a éste (el Estado y su poder en definitiva) como fin en sí mismo, destruye esa conquista histórica del estado de derecho. De ésta forma el Garantismo se hace sinónimo de estado de derecho, en tanto designa "no simplemente un "estado legal" o "regulado por la ley", sino un modelo de estado nacido con las modernas constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público -legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas...b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial."<sup>739</sup>

---

<sup>738</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid. 1992. Página 808.

<sup>739</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Páginas 856-857.

Es también una valoración del poder: "una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que se haya expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo"<sup>740</sup>, por lo cual se sobrepone a toda ideología política que pretenda, en base a sus propios principios internos, justificar ese poder como fin en sí. En ese sentido "la función garantista del derecho consiste, en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades"<sup>741</sup>. La legitimación de esa producción de igualdad y libertad requiere, desde una perspectiva crítica como la que arriba señalamos, una actividad en la esfera de la jurisdicción.

Entre ambos movimientos hay una línea de continuidad, pero también de divergencia. Si bien alternativistas y garantistas se propusieron una vinculación entre judicial y soberanía popular, tanto por medio de "la garantía de derechos fundamentales de todos, enunciados formalmente por la Constitución pero concretamente vaciados y substanciados por su tutela y justiciabilidad, y la crítica y el control popular sobre la justicia"<sup>742</sup>, de manera que se verifica una práctica que "consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes"<sup>743</sup>; también hay una reducción de los objetivos políticos al recentrarse en la praxis dentro del horizonte teórico del positivismo jurídico<sup>744</sup>. Dentro de ese horizonte, si el Garantismo es una transformación social en que se consigan hacer efectivos los derechos fundamentales, el límite instrumental, aún si es positivismo crítico, mantiene la expropiación jurídica de que es objeto la comunidad por la razón jurídica moderna. Si el objetivo perseguido es una formación social que implique combinar democracia

---

<sup>740</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 885.

<sup>741</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 932.

<sup>742</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 836.

<sup>743</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 866.

<sup>744</sup> Al respecto sostiene éste autor que "Si es verdad que el garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivización en el marco del estado de derecho, aquel no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico". Ferrajoli, Luigi. Obra citada. Página 868.

formal con democracia directa, la comunidad sigue permaneciendo fuera del discurso jurídico y se trata, nuevamente, de una lucha exclusivamente disciplinar y profesional. En el "relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación"<sup>745</sup> los límites de la participación de la comunidad continúan dependiendo de la sacrosanta ley.

Hay además un repliegue en la lucha profunda por las necesidades humanas y su satisfacción; mientras que el uso alternativo del derecho atendía como punto central a las desigualdades materiales entre los sujetos de clases sociales distintas, el Garantismo parece poner énfasis en la igualdad formal ante el acceso a la judiciabilidad, relegando a un plano secundario e implícito esas diferencias. Un proyecto jurídico y social en construcción permanente (democratización constante) no puede hacer teoría sin revisar el contenido último del derecho en las necesidades a que este pretende satisfacer. De allí que nos pareció fundamental discutir latamente los paradigmas de las necesidades que provienen de la matriz liberal y los que se diferencian de éstas. Pero su validez persistente ha sido innegable en la lucha por los Derechos Humanos que desde 1980 en adelante, y en especial en la era global, han venido desarrollándose. De toda esa experiencia teórica judicial ha surgido una validez nueva en la mirada sobre derecho y comunidad.

Miremos por ejemplo la experiencia de JURISTES SOLIDARITES<sup>746</sup>. Esta organización nace en 1989, y lo que la constituye en una experiencia básicamente de los años noventa del siglo veinte. Se definen como "un instrumento para fortalecer acciones que permiten a la población ejercer cotidianamente sus derechos individuales y colectivos"<sup>747</sup> mediante la revisión de las experiencias jurídico comunitarias de América Latina, el Caribe, África, Asia, América del Norte y Europa. Se vinculan así las experiencias de los países y sectores denominados como "tercermundistas", que la hace dialogar con esas realidades, con esos proyectos

---

<sup>745</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 920.

<sup>746</sup> Al respecto puede verse <http://www.agirledroit.org/es/>, que contiene la versión electrónica de dicha experiencia.

<sup>747</sup> Juristes Solidarites. *Prácticas del Derecho, producciones del derecho: iniciativas populares*. Juristes Solidarites. Paris. 1993. Página 2.

hermanos, a la vez que generar iniciativas en su espacio más cercano. Señalan diferenciarse de "los grandes organismos conocidos por todos, si bien llevan a cabo desde hace tiempo acciones necesarias e indispensables, han limitado sus intervenciones al nivel de los (derechos) políticos, acción contra la tortura, contra los asesinatos..."<sup>748</sup>, toda vez que su mirada se instala en "todos los derechos esenciales al desarrollo de la persona humana: educación, salud, vivienda, etc. derechos a la vivienda, derechos a ser mujer, menor, extranjero, derecho al trabajo."<sup>749</sup>.

En ese trabajo, ya entonces de mirada global, se trata de llegar a distinguir entre uso del derecho siguiendo una lógica de consolidación del sistema, o de su uso en tanto recurso estratégico de transformación. "El conocimiento de nuestros derechos nos hace tomar conciencia de los derechos que nos faltan, de los mecanismos que favorecen esta privación y de la capacidad de encontrar los medios para crear nuestros derechos".<sup>750</sup>

Otra experiencia con derivaciones históricas la constituyó la confluencia y diálogo con el alternativismo jurídico latinoamericano es la de los españoles Joaquín Herrera Flores o David Sánchez Rubio. Ambos trabajaron en el desarrollo y coordinación de la *Maestría sobre Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Ibero América*, (Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 1995) a la que concurrieron como profesores y alumnos teóricos y prácticos de iniciativas jurídicas críticas. De allí en más, en una relativa colaboración, David Sánchez se ha vinculado a las experiencias del derecho alternativo desde una óptica orientada por la *Filosofía De La Liberación* de Enrique Dussell y sus seguidores; Joaquín Herrera ha desarrollado en cambio una visión particular, instando por la construcción de una Teoría crítica de los derechos humanos y una mirada a los procesos culturales.

---

<sup>748</sup> Juristes Solidarités. Carta de presentación, Julio 1995. París, Francia. <http://www.agirledroit.org/es/>. Visita 8 Noviembre 2008.

<sup>749</sup> Juristes Solidarités. Carta de presentación, Julio 1995. París, Francia. <http://www.agirledroit.org/es/>. Visita 8 Noviembre 2008.

<sup>750</sup> Juristes Solidarités. *Síntesis documental número 2*. París. 1994. Página 7.

Sobre ésta última discutiremos al hablar más adelante del horizonte utópico de los derechos humanos.

#### Prácticas jurídico-alternativas en América latina.

América Latina ha presentado un notable movimiento, diverso y confluyente en base a la búsqueda de otro derecho para una realidad donde existe un estado permanente de carencia para la mayoría de la población y donde la violación de derechos presenta un carácter estructural. Se trata de prácticas no buscan ya igualar a determinados grupos sociales o velar por los derechos de ciertas minorías, sino que se plantean una transformación de las condiciones sociales.

"Creemos que la versión que comienza a desarrollarse en América Latina está más sobre la base de un derecho alternativo que de un uso alternativo del derecho"<sup>751</sup> escribía en la primera edición de la Revista El Otro Derecho Jesús Muñoz Gómez, es decir en estrategias de lucha en que se utilizan para los conflictos procedimientos legales como extralegales orientados hacia un valor jurídico fundamental: la satisfacción de las necesidades humanas. Se trata de una práctica realizada en medio de "Las luchas de las comunidades por sus derechos y de la asistencia legal que se les puede prestar para tales fines"<sup>752</sup>.

Al respecto existe un notable trabajo de Antonio Carlos Wolkmer que da cuenta de las diversas vertientes y corrientes de dicho pensamiento. En su obra *Introducción al pensamiento jurídico crítico*<sup>753</sup>, desarrolla una exhaustiva revisión de parte de ésta historia. No pretendo acá rehacer ese recorrido tan magníficamente

---

<sup>751</sup> Muñoz Gómez, Jesús. *Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho*. En *El Otro Derecho*, N° 1. ILSA. Bogotá. 1988. Página 58.

<sup>752</sup> Muñoz Gómez, Jesús. Op. cit. Página 59.

<sup>753</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. Editora Acadêmica. São Paulo. 1995. Existe además una edición en castellano actualizada al 2006 del mismo nombre traducido: *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. San Luis de Potosí. 2005.

hecho por Wolkmer, sino más bien entregar un resumen de las líneas temáticas que nos permitan revisar los aportes a una nueva cultura jurídica, en su teoría y en sus prácticas.

Brasil ha sido uno de los campos más fértiles en el desarrollo de la crítica jurídica, con “enfoques dispares que van desde los dialécticos emancipatorios hasta los liberales demócratas, o los sistémicos abiertos y los neoconservadores nihilistas) no constituyen una “escuela” y aunque no sea organizada, sino incipiente, fragmentada y largamente difusa, no se puede negar su realidad, como tampoco que existe un esfuerzo conjugado para su elaboración.”<sup>754</sup>

La Teoría Crítica de perspectiva sistémica, en que destacan autores como Tércio Sampaio Ferraz Jr. y José Eduardo Faría, define a la ciencia jurídica como “una tecnología de control y de organización de las relaciones de poder... (en que) la temática central de esta ciencia instrumental contemporánea no es propiamente una cuestión de verdad sino de la realización de un fin, que es la decisión de los conflictos”<sup>755</sup>. Faría, analizando el binomio derecho/sociedad, explora como se estructura y funciona el fenómeno jurídico en las sociedades capitalistas, donde el derecho se presenta como una experiencia incorporada a la propia percepción de la realidad por parte de los actores jurídico, en especial la situación del poder judicial frente a los conflictos sociales, en especial los colectivos, en que “La emergencia de una racionalidad substantiva y de una justicia material ha devenido en la crisis de la dogmática jurídica que no logra mantener coherente los tradicionales modelos de la hermenéutica”<sup>756</sup>, en una época histórica que deja obsoleto para siempre los derechos nacionales nacidos en condiciones sociales y económicas diferentes a las actuales de la globalización. El derecho racional de los Estados nacionales pasa a ser en este nuevo contexto ya no uno de cohesión social y salvaguarda de derechos aunque sean formales, sino que se vuelve reflexivo, se trata de un derecho que “al limitar sus objetivos al control y armonización de los distintos procedimientos de

---

<sup>754</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 83.

<sup>755</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Pagina 92.

<sup>756</sup> Faría, José Eduardo. *El poder judicial frente a los conflictos colectivos*. En *El Otro Derecho*, N° 5. ILSA. Bogotá. 1990. Página 5.

negociación a niveles descentralizados en el ámbito de las cadenas productivas, afronta el desafío de afirmar su identidad sistémica"<sup>757</sup>

Las perspectivas dialécticas, con autores que comparten puntos de referencia común "como la teoría del conflicto, una dimensión político ideológica de lo jurídico, la defensa de una sociedad democrática y socialista, la efectividad de la justicia social, la superación de la legalidad tradicional liberal-burguesa y una opción por los carentes injusticiados"<sup>758</sup>. Roberto Lyra Filho, José de Sousa, Antonio Carlos Wolkmer, pluralistas normativos; autores marxistas y neo marxistas como Roberto de Aguiar, Fernando Genro; la crítica fenomenológica del normativismo dialéctico que propugna una dialéctica de la participación (Luis Fernando Coelho, Plauto de Azevedo, Jaurez Freitas).

Perspectivas semiológicas, como la sustentada por Luis Warat, trata de entender el derecho desde el derecho desde una filosofía del lenguaje; líneas **psicoanalíticas**, (Agostinho Ramalho Marques Neto), que resaltan el aspecto simbólico del derecho, señalando que "todo trabajo científico debe ser visto como proceso de permanente construcción de la teoría y el método, del objeto y de la técnica... (Por lo que) la función de la ciencia, de toda teoría científica es explicar su objeto y no dictar normas y mucho menos dogmatizar"<sup>759</sup>. LO anterior implica rescatar la noción de sujeto, ya sea, individual, y el sujeto de derecho como sujetos de deseos.

Grupos de acción práctica como AJUP, Instituto de Apoio Jurídico Popular relacionado con los servicios legales alternativos o el movimiento de Magistrados Alternativos o de Direito Alternativo. Para el primero, el desafío es "saber cómo actuar para que la lucha jurídica se convierta en un elemento nuevo en la lucha de los movimientos populares"<sup>760</sup>, construyendo lo que Miguel Pressburguer ha

---

<sup>757</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 237.

<sup>758</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. Editora Acadêmica. Sao Paulo. 1995. Página 101.

<sup>759</sup> Agostinho Ramalho Marques Neto, citado por Wolkmer, Antonio Carlos. Obra citada. Página 124.

<sup>760</sup> Pressburguer, Miguel. *El correo de Juristes Solidarités. N° 2. Septiembre 1992*. Juristes Solidarités. París. 1992. Página 3.

denominado como derecho insurgente, el derecho que se crean los oprimidos, mirando el derecho desde el punto de vista del pueblo, no del estado.

Por su parte, los denominados jueces alternativos gauchos, conocidos como el Movimento do Direito Alternativo, posee la originalidad de ser la única experiencia conocida en América Latina en que un grupo de jueces actúan, de manera orgánica y coordinada en una perspectiva emancipadora, discutiendo la actuación del poder judicial desde dentro y por sus principales actores, los jueces. Estos "se unían para la defensa de ideales como las reformas agraria y urbana y la limitación de las ganancias económicas."<sup>761</sup> A ellos se unieron luego nuevos jueces, encontrándose con otros intelectuales, lo que les permitió descubrir "que el fenómeno jurídico podía ser visto desde un punto de vista diferente que daba respaldo a la utopía que los animaba"<sup>762</sup>. Desde una nueva óptica jurídica los juicios se alteraron entonces substancialmente. El resultado fue entonces un posicionamiento de este grupo al interior de la judicatura y el mundo jurídico brasileño que, si bien no constituye una teoría sino un movimiento, como lo señala Bueno de Carvalho, cuenta con ideas particulares en su visión del derecho. Se les puede consignar como "una actuación jurídica comprometida con la búsqueda de una vida con dignidad para todos, ambicionando la emancipación popular con una apertura de espacios democráticos, volviéndose un instrumento de defensa/liberación contra la dominación impuesta"<sup>763</sup>.

En ese esquema la función del juez adquiere una potenciación en que "aquí y ahora está el jurista/juez autorizado a sobrepasar la legalidad en nombre del valor mayor JUSTICIA"<sup>764</sup>, sobre todo si puesto en la obligación de juzgar debe existir una consecuente y consiguiente derecho a decidir libremente, asumiendo la responsabilidad ética de la justicia o injusticia de la decisión, teniendo esa aplicación de justicia como marco el "sentido racional (o límite) de los criterios concretos tomados de la época histórica y orientado por los principios universales y generales

---

<sup>761</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. *Actuación de los jueces alternativos gauchos en el proceso de postransición democrática*. En *Portavoz (Boletín ILSA)*. N° 40. Julio-octubre 1994. ILSA. Bogotá. 1994. Página 25.

<sup>762</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. Obra citada. Página 26.

<sup>763</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. *Magistratura e direito alternativo*. En *Magistratura e Direito Alternativo*. Editora Acadêmica. Sao Paulo. 1992. Página 89.

<sup>764</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. Op. cit. Página 92.



del derecho"<sup>765</sup>. Si Couture señalaba la obligación de luchar por el derecho, pero en caso de conflicto luchar por la justicia, el juez está facultado para no aplicar la ley cuando es injusta (sólo entonces), cuestión que sólo podrá determinarse en el caso concreto, que es donde se juega la justicia. Y allí el Juez/jurista debe "luchar para que sean preservadas todas las conquistas alcanzadas por los menos favorecidos, usando todos los argumentos posibles, inclusive la lógica positivista (nótese: el derecho es instrumento de un fin mayor: la justicia)."<sup>766</sup>.

En el resto de América Latina las acciones frente a la concepción del derecho como un sistema normativo autónomo, cerrado y homogéneo tienen también un carácter diverso; basadas en la idea que "Una vez determinado el derecho como una norma, y limitada la ciencia jurídica (que es una función distinta de la función ejercida por los órganos de creación y aplicación del derecho) al conocimiento de las normas, precisa trazar los límites entre el derecho y la naturaleza, y entre la ciencia jurídica y todas aquellas otras ciencias enderezadas a suministrar una explicación causal de los fenómenos naturales"<sup>767</sup>, señalada por el positivismo jurídico, emerge una propuesta que ha pretendido un universo más amplio, el observar el derecho como un conjunto de relaciones sociales, normativas o no, que se extienden por todo el tejido social y que se expresan en determinadas relaciones jurídicas, no todas consagradas positivamente, donde "No es posible hablar de una teoría del derecho distinta y separada de una teoría de las relaciones sociales. La esfera jurídica no tiene autonomía de las otras ciencias sociales, los esfuerzos por delimitar el objeto del derecho se refieren a las estrategias y dispositivos que requiere la organización de la dominación, que concede competencias, jurisdicciones, etc. a los encargados de ella (lo militar, lo eclesiástico, lo social, lo normativo)"<sup>768</sup>. El derecho entonces, no vive dentro de un sistema normativo sino en la realidad social en que incide y co-construye. En éste sentido lo jurídico se encuentra ligado indisolublemente al tema

---

<sup>765</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. Op. cit. Página 95.

<sup>766</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. *Jurista Orgánico: una contribución*. En *Magistratura e Direito Alternativo*. Editora Académica. Sao Paulo. 1992. Página. 39.

<sup>767</sup> Kelsen, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1933. Página 14.

<sup>768</sup> Rodríguez, Eduardo. *La producción social del derecho versus autonomía*. En *El Otro Derecho N° 6*. Agosto 1990 . ILSA. Bogotá. 1990. Página 63.

de los Derechos Humanos y a los procesos sociopolíticos que en torno al conflicto de negación vs. Demanda se tejen.

Para ello ha debido vincularse con los procesos de lucha, sociales y políticos, que condujeron y acompañaron esa crítica al derecho dominante, y a los esfuerzos por construir nuevos patrones metodológicos para la acción jurídica, surgiendo las experiencias de los servicios jurídicos populares y los Servicios Legales Alternativos. En el contexto histórico de una América plagada de dictaduras militares y gobiernos autoritarios. "La violación cotidiana de los derechos humanos por parte de los regímenes políticos autoritarios y dictatoriales en América Latina, hizo que surgieran abogados y otros profesionales que protegieron ciudadanos a través de servicios legales. Actuaron aisladamente o en organizaciones, a nivel nacional o internacional, para impedir torturas, desapariciones, garantizar libertades públicas y defender derechos individuales o colectivos en casi todos los países bajo la protección de las iglesias (sobre todo de la Iglesia Católica); de los Colegios de Abogados y de las demás instituciones de la sociedad civil que sobrevivieron. Se luchó intensamente contra la violencia estatal, legal o ilegal. Estos regímenes entrelazaron la violación de los derechos con políticas económicas discriminatorias y antinacionales y no fue una excepción que los servicios legales combatieran también las diversas desigualdades sociales existentes, notablemente agravadas."<sup>769</sup>

Los Servicios Legales, originalmente vinculados a las luchas sociales comenzaron a desarrollarse, fueron cooptados, afectados por problemas de financiamientos, algunos desaparecieron, otros se modificaron, pero en conjunto, su experiencia influyó en la desformalización del derecho. Coinciden en algunas características básicas: tienen una visión amplia de los derechos humanos que abarca las distintas generaciones de estos, promueven la participación, se ubican en la óptica de la sociedad civil antes que en la del estado, buscan la resolución de conflictos y provocar cambios en el nivel de la microfísica social, contienen algún grado de crítica al sistema económico y a la gestión del estado; y desarrollan básicamente tres tipos de actividades: asistencia jurídica, Educación: e Investigación.

---

<sup>769</sup> Falcao, Joaquín. *Los abogados y la democracia en América Latina*. ILSA. Bogotá. 1985. Página 11.

En su historia, la defensa de los derechos se transforma incluso en defensa contra la ley, ya que en los casos de violaciones a los derechos personales (libertad, expresión, protección, etc.) esa contradicción podía llegar a ser peor: aplicando la ley dictada por el gobierno dictatorial se podía agravar la violación de esos derechos. Las preguntas fundamentales fueron ¿cómo utilizar la legislación existente para defender a los ciudadanos y al mismo tiempo presionar para que se reforme?; ¿cómo combatir las violaciones originadas en políticas económicas y sociales, nacionales o internacionales, mediante acciones jurídicas locales, individuales o comunitarias, y a la vez inducir una transformación sociopolítica que se busca? En ese camino se comprendió que lo jurídico es mucho más que leyes, normas y reglas positivas, y requirió procesos educativos para los sectores sociales afectados en sus derechos como para los propios abogados, estudiantes de derecho y demás trabajadores jurídico-populares, lo que significó aprender y desarrollar técnicas para comunicar, dialogar y transmitir este "nuevo derecho" del que hablaban y hacían. Buscaron a través del saber jurídico "hacer participar a los sectores afectados en defensa de sus derechos. Segundo romper el condicionamiento cultural que el sistema impone tanto a los abogados como a la comunidad, marcado por un fuerte y arraigado legalismo, expresado en la creencia de que leyes y procedimientos judiciales son justos y válidos"<sup>770</sup> y tercero, educar incluso para la creación de normas jurídicas. Participando su saber con las prácticas de la pedagogía popular nacida bajo el influjo de Paulo Freire, quiso aprovecharse su discurso emancipador, que "es insoslayablemente un discurso sobre el poder, sobre el proyecto popular, sobre la utopía, sobre la identidad nacional"<sup>771</sup>.

Tienen de común estos procesos su origen y desarrollo en una reflexión y acción históricos similares frente a las limitaciones del sistema capitalista y las injusticias económicas y políticas que de él derivan, una deconstrucción del modelo dominante de la ciencia y el conocimiento moderno, la necesidad de la aprehensión y análisis de una realidad concreta, orientadas a trabajar con y desde el mundo

---

<sup>770</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Querqum. Cuadernos de discusión. Santiago de Chile. 1986. Página 22.

<sup>771</sup> Custanovich, Alejandro y Chirquf, Sigfredo. *Educación Popular en Debate. Características y metodología*. Instituto de Pedagogía Popular. Lima. 1987. Página 34.

social y sus organizaciones, colocan como su fin la satisfacción de las necesidades humanas por sobre las discusiones técnicas, se centran en la legitimidad de hacer, hacen de la participación su medio y objetivo para que la comunidad aumente su poder de decisión, van al rescate cultura popular.

En un trabajo publicado en el primer número de la Revista de ILSA (Instituto Latinoamericano De Servicios Legales Alternativos)<sup>772</sup> llamada *El otro Derecho*, el chileno Manuel Jacques, de casi nula producción bibliográfica posterior pese a lo interesante de sus aportes, lo que lo transforma casi en un desconocido, el autor planteaba una propuesta que veinte años después merece ser rescatada, revisada y revitalizada para entender y hacer práctica jurídica y política, elaborando una tipología de servicios legales que incluyen el servicio tradicional, uno innovador y uno transformador, que sustenta la tipología en las diferencias de metodología, objetivos y pluralidad de criterios.

Manuel Jacques propone emplear los siguientes criterios de diferenciación<sup>773</sup>:

(a) El aérea de atención a la que se orienta el Servicio Legal, en que el servicio tradicional se dirige a los pobres, como personas de escasos recursos para pagar un abogado, mientras que el innovador y sobre todo el alternativo orientan su trabajo hacia *lo popular*", abordando el rescate y defensa de la cultura popular<sup>774</sup> y centrando su accionar en la satisfacción de las necesidades de la comunidad, la satisfacción de los Derechos Humanos y la participación.

(b) El objetivo estratégico perseguido, que pasa de dar a introducir metodologías de trabajo innovadoras en la línea de la educación popular, a objeto de aumentar la participación, o bien - además de innovar - a la transformación del sistema vigente, para obtener una sociedad orientada a satisfacer las necesidades humanas.

---

<sup>772</sup> Ver [www.ilsa.org.co](http://www.ilsa.org.co)

<sup>773</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Querqum. Cuadernos de discusión. Santiago de Chile. 1986. Página 8 a 11.

<sup>774</sup> Hoy por ejemplo éste es un concepto que requeriría ser rediscutido. Mientras que entre los años sesenta y ochenta del siglo veinte ello representaba la emergencia de un proyecto popular cercano al socialismo, de raíz colectiva y comunitaria. Hoy entrando a la segunda década del siglo veintiuno, lo que llamamos cultura popular influenciada por la globalización podría tener o bien un significado tradicionalista que se aparte de proyectos emancipatorios o una influencia transversal de la cultura de consumo anglosajona, de manera que se trata de todo un marco conceptual que necesita, sin duda, agiornamiento.

(c) El carácter de los beneficiarios del servicio, ya que mientras el servicio tradicional atiende a sujetos individuales, el servicio legal alternativo se orienta, preferentemente en cambio, a la prestación de servicios colectivos, abarcando a la comunidad y sus organizaciones.

(d) Los criterios de funcionamiento con que opera el programa. En el servicio tradicional la función es representar judicialmente a sus usuarios; el servicio alternativo en cambio, pudiendo contemplar también dicha representación, otorga además capacitación y apoyo a la organización social, contribuyendo a la denuncia, elaboración de propuestas legales y desarrollo de estrategias de defensa de carácter extra judicial.

(e) En cuanto a la composición profesional del grupo, el servicio tradicional está constituido básicamente por abogados ejerciendo su papel tradicional; uno alternativo en cambio incorpora a otros profesionales, desdobra la función de los abogados y de esos otros profesionales e incorpora a la propia comunidad organizada.

(f) En relación a la participación de los beneficiarios en la estrategia de defensa: en el servicio tradicional es casi nula, en los otros dos en cambio puede ser restringida o amplia, según si se trata de un servicio innovador o transformador.

(g) Respecto de los motivos que originaron el programa legal, el servicio tradicional satisface la función asistencial para dar atención gratuita a los pobres, a la vez que como centro de práctica de los futuros profesionales. El servicio alternativo en cambio se constituye para otorgar un servicio al mundo popular que, pudiendo contemplar trabajos de tramitación a un costo mínimo, tiene por objeto contribuir a su activa participación en la resolución de sus conflictos, promoviendo su organización, capacitación, capacidad de movilización y propuesta, etc.

(h) La labor educativa no es prioritaria ni fundamental en el servicio tradicional; en uno alternativo constituye una tarea central de su servicio.

(i) En cuanto a la capacidad del servicio para contribuir a la elaboración de normas jurídicas construidas a partir de la experiencia de la propia comunidad, en un servicio tradicional esta capacidad ni siquiera se plantea como posible. En uno alternativo, debiera desarrollarse de modo creciente a fin de obtener la expresión de la comunidad y propicias la capacidad de decidir sobre su vida cotidiana.

Acompaña Jacques un cuadro de resumen de esos criterios que habla por sí mismo, que además es una guía que puede ser adaptada y completada

permanentemente para el desarrollo, y la evaluación, de la práctica jurídica que se desarrolla, no solo en la práctica, también en la enseñanza del Derecho.

Tabla 3. Tipología de los servicios legales.

INDICADOR	SERVICIO LEGAL TRADICIONAL (SLT)	SERVICIO INNOVADOR (SLI)	LEGAL	SERVICIO LEGAL ALTERNATIVO TRANSFORMADOR. (SLAT)
Área de atención	Pobres	Población. Campesino. Sindical	Sector Laboral Informal. Minoría étnica. Mujeres	IDEM
Objetivos estratégicos	Dar asistencia	Actuar con modalidad diferente en áreas no tradicionales.		Transformación del sistema social vigente. Construcción de la sociedad y satisfacción de las necesidades humanas.
Principal grupo de referencia de usuarios	Pobres. Servicios Individuales.	Sectores populares de menos recursos. Servicios colectivos.		IDEM
Método de trabajo	Atención. Solución de casos (representación en juicios)	Orientación Atención Capacitación Promoción	Organización Denuncia Reforma legal	IDEM
Composición profesional del grupo.	Abogados	Abogados Apoyo interdisciplinario		Abogados. Apoyo interdisciplinario. Comunidad Organizada.
Tipo de estrategia	Estrategia	Estrategia jurídica.		

<b>de defensa empleada.</b>	legal. Estrategia con empleo eminentemente de instrumentos legales formales.	Estrategia con empleo de instrumentos y medios extra legal-formal, adelantos tecnológicos, denuncias públicas, etc.	IDEM  Emplea además medios de presión y participación de comunidad afectada.
<b>Participación de los beneficiarios de la defensa</b>	NULA	Participación restringida o ampliada.	Participación ampliada.
<b>Motivación en la constitución del grupo.</b>	Gratuidad asistencial Atención a los pobres. Exigencia Curricular. Estudiante s de derecho. Clínica jurídica	Atención a mínimo costo. Promoción, organización. Defensa legal. Especialización de conocimiento y la experiencia. Contribución a despertar conciencia de la realidad. Transformación de la realidad.	DEM
<b>Capacidad de socialización del conocimiento jurídico.</b>	NULA	AMPLIA	AMPLIA
<b>Aporte a la transformación.</b>	NINGUNO	Restringida ampliada	Ampliada
<b>Apoyo financiero.</b>	Estado	Institucional (privada nacional e internacional eclesial)	IDEM  Aporte de la comunidad.

A mi juicio, la importancia de esta propuesta de sistematización y desarrollo de servicios de trabajo jurídico diferentes a los tradicionales radica en dos grandes motivos estratégicos:

Primero porque se establece una apertura de horizontes en torno al ejercicio de la práctica jurídica, señalando que no existe un modelo único de trabajo. Si bien

es cierto que la práctica jurídica tradicional adquiere en la realidad una multiplicidad de expresiones, esta transita básicamente entre la asesoría y la representación, y constituye como vehículo de transmisión ideológica una fuente de reproducción de la lógica y la ratio jurídica moderna, y con ella del modo de producción que la construyó delimitando su funcionalidad al orden. La propuesta tipológica en cambio produce una apertura de horizontes que rompe con la hegemonía ideológica monista del liberalismo moderno, a la vez que potencia sinérgicamente la creatividad de los operadores jurídicos, transformando su saber técnico en un saber de uso comunitario y no solo privado.

Segundo, en cuanto preludia la posibilidad de una nueva cultura jurídica de signo no estatalista, disciplinar, colectiva, comunitaria, materialista, finalista y emancipadora, de ejercicio democratizador interno y externo permanente.

En ambos sentidos, plantea preguntas centrales a la relación entre la práctica jurídica, los conflictos en los cuales participa y las posibilidades de transformación que en esta interacción laten. Permite advertir como, al igual que en toda práctica metodológica de saber, se contienen luces y sombras, potencias y trampas. No basta el cambio de metodología, se requiere permanentemente una revisión de los sentidos hacia los cuales deviene el proceso jurídico nuevo, de la adecuación de saber técnico y saber comunitario, del rol de quienes participan en la lucha por sus propios derechos. Al dejar de manifiesto la tensión entre insatisfacción humana y forma legal, entre procedimientos y legitimidad de medios de satisfacción, entre realidad y estructura Jurídico/institucional, entre conducta y decisiones, ésta práctica múltiple de juridicidad impugna la lógica del sistema operacional del modelo jurídico moderno; a la vez que cuestiona, propone y repone el lugar del conflicto, pero sobre todo acentúa la necesidad de revisión de sus mecanismos de resolución.

En tanto se trata de superar los límites de la sociedad liberal, recoger las preguntas de éstas prácticas jurídicas con ya varias décadas de existencia, permite cuestionar bases fundamentales del saber jurídico moderno, inquirir al sujeto de derecho abstracto acerca de su materialidad, contexto y entorno; derechizar los límites de clausura y apertura del llamado Estado de Derecho, que en su razón formalista esconde la dominación y apropiación sobre las comunidades, sus



relaciones y las bases materiales de subsistencia. Revisar estas estrategias de saberes permite deducir sendas claves para elaborar procesos culturales que transluzcan el modelo de dominación consagrado jurídicamente:

**a)** sabiendo que el derecho puede ser usado en más de una dirección que la oficializada, creando conciencia transformadora de las realidades, se otorga "posesión" del espacio de realidad cotidiano y se vuelve la soberanía a su uso práctico por quienes viven ese espacio,

**b)** entendiendo las posibilidades de la creación normativa por las comunidades permite ampliar el registro de la juridicidad más allá de la lógica binaria normativa que visualiza toda relación no formalizada como una anomia y toda contradicción como antinomia.

**c)** comprendiendo los límites y posibilidades que ofrecen como instrumento técnico las normas positivas, se abre la re-teorización sobre el perfil y papel de los operadores jurídicos más allá de los abogados como técnicos, pero no los excluye, al contrario, resitúa su saber en una producción de verdad permanentemente abierta, una relación rizomática de acciones, fines y medios.

En paralelo a estas experiencias, en una clara retroalimentación y discusión con los movimientos prácticos se desarrollo en el resto de América Latina un importante trabajo a nivel de la teoría crítica del derecho, planteando nudos teóricos pero también extrayendo de esas praxis conocimiento acerca de las mecánicas y lógicas de funcionamiento del derecho. Se generaron entonces, desde diversos puntos de la América hispano-parlante intentos por desarrollar una teoría del derecho crítica y paralela a la teoría general del derecho que se enseña y transmite a través de las facultades de derecho. Intentaremos a continuación examinar brevemente los aportes de algunos de esos autores.

En Argentina la autodenominada *Teoría Crítica de Buenos Aires*, surgida en el Congreso Internacional de Filosofía Jurídica celebrado en la Universidad de Belgrano en Buenos Aires en 1975, un grupo de académicos ( Enrique Marí, Alicia

Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos Cárcova) "Sostenían la necesidad de hacer pertinente el aporte de una teoría de la ideología que se hiciera cargo de los niveles del imaginario social y su articulación múltiple con el mundo de las normas, las prácticas institucionalizadas, el saber de los juristas y las representaciones de los súbditos... (Con el objeto de) generar una teoría crítica en un doble sentido, por un lado, exhibiendo los límites explicativos de las concepciones aceptadas, es decir, crítica de la teoría. Por el otro, no sólo describiendo un determinado campo objetivo, sino también, en la tradición de las filosofías críticas, coadyuvando a su transformación; en esto, teoría crítica"<sup>775</sup>; entendiendo el proceso de la práctica del derecho como "una práctica discursiva en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos."<sup>776</sup>.

"El discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión. [El mito de la uniformidad semántica del derecho]<sup>777</sup>, sostenía Marí; mientras que Entelman señala que aquel "se hace cargo del discurso del poder... porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder establecido en y por las prácticas sociales... En el discurso jurídico se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar. Las ficciones y los mitos no están allí sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social"<sup>778</sup>. Alicia Ruíz pone el acento en el lugar que el concepto de sujeto ocupa dentro de ese discurso: "La estructura del derecho moderno se organiza y se sostiene en torno a la categoría de sujeto... El sujeto de derecho, libre y autónomo, es una categoría histórica propia de una forma peculiar de lo social y de la política de una cierta organización de lo simbólico y de un peculiar imaginario social"<sup>779</sup>. Carlos Cárcova sostenía, en similar dirección que "El derecho es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos,

---

<sup>775</sup> Cárcova, Carlos María. *Teorías Jurídicas Alternativas*. En *Teorías Jurídicas Alternativas. Escritos sobre derecho y política*. Centro Editor de América Latina S.A. Buenos Aires. 1993. Página 20-21.

<sup>776</sup> Cárcova, Carlos María. Op. cit. Página 22.

<sup>777</sup> Marí, Enrique. Citado por Carlos María Cárcova en *Teorías Jurídicas Alternativas*. Obra citada. Página 22.

<sup>778</sup> Entelman, Ricardo. Citado por Carlos María Cárcova en *Teorías jurídicas alternativas*. Obra citada. Página 23.

<sup>779</sup> Ruiz, Alicia. Citada por Carlos María Cárcova en *Teorías Jurídicas alternativas*. Obra citada. Página 24.

conocimientos. Es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican. Y es un discurso constitutivo en tanto asigna significados a hechos y palabras. Esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de distribución efectiva del poder en la sociedad"<sup>780</sup>. A partir de los años noventa del siglo pasado, se observa, especialmente en éste último autor, un tránsito hacia la teoría sistémica luhmanniana, el Garantismo y los análisis constitucionales.

En México, Oscar Correas y Jesús de La Torre Rangel han desarrollado largos y sólidos trabajos. Correas lo efectuó a través de la revista CRÍTICA JURÍDICA, originalmente de la UNAM y luego editada en Brasil<sup>781</sup>, además de la edición de sus textos de sociología crítica que se refieren a los puntos críticos del derecho y a lo que él denomina *política jurídica*, que corresponde a un rechazo del sistema social vigente y de las expresiones de aquel en el derecho; señalando que el Uso Alternativo del Derecho "es una autentica Política del Derecho, puesto que usando el orden jurídico, se pretende, siempre, la producción de ciertas normas, principalmente sentencias y resoluciones administrativas favorables a los intereses de los defendidos"<sup>782</sup>. Denuncia así los límites de la Teoría General del Derecho en tanto única ciencia jurídica posible: "La respuesta no puede ser sino política: la TGD ha preferido convertirse en la justificación teórica de la Dogmática Jurídica, y con ello en apologista del estado moderno."<sup>783</sup>, de manera que su uso formativo no es inocente, ya que "el discurso normativo hegemónico en el mundo moderno... La juridicidad no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar, privilegiar un sistema normativo sobre cualquier otro, al que se arroja a la antijuricidad"<sup>784</sup>.

---

<sup>780</sup> Cárcova, Carlos María. Op. cit. Página 25.

<sup>781</sup> Crítica Jurídica. Unibrasil. Desde la edición de su número 17, en colaboración del Complexo de Ensino Superior do Brasil, el Centro de Investigaciones Interdisciplinarios en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional autónoma de México, la Fundación Interamericana de Derechos Humanos, el departamento de publicaciones de la Universidad de Buenos Aires y el Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina.

<sup>782</sup> Correas, Oscar. *Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho*. Conferencia pronunciada en el Centre de Théorie du Droit de la Universidad de París. El 31 de Enero de 1995. Nanterre. 1995. Página 41.

<sup>783</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 2.

<sup>784</sup> Correas, Oscar. Op. cit. Página 16.

Jesús de la Torre Rangel en cambio acciona desde el discurso del iusnaturalismo y la filosofía de la liberación para analizar la lucha por los derechos, toda vez que “puesto al servicio del pueblo, el Derecho puede llegar a ser una efectiva herramienta de liberación”<sup>785</sup>. En la medida que los pobres, como sujetos antes que como categoría, constituyen un fenómeno social producido y no un hecho natural, se requiere romper con los iusnaturalismos basados en criterios abstractos y extrahumanos, generando un iusnaturalismo histórico objetivado en los conceptos de derechos humanos, justicia y bien común, delimitados por la idea de la otredad (Dussel) y la defensa de los pobres de raíz bíblica “cuyo origen se manifiesta con mayor claridad en la actividad ejercida por los profetas a favor de los débiles de la tierra”<sup>786</sup>. Para de la Torre Rangel el concepto de justicia no es abstracto, sino que varía de acuerdo a los distintos actores sociales, dependiendo de la posición de clase. Las clases dominantes postulan una justicia conservadora, hay igualmente una justicia oficial del Estado, de carácter formal, pero “existiría una tercera idea de justicia que es la de aquellos grupos sociales o personas que luchan por el reconocimiento de derechos no aceptados o negados por la legislación y la práctica judicial. Esta última es más difícil que se exprese de manera clara y sistemática, pero resulta implícita en las diversas luchas reivindicativas, ya que se trata muchas veces de derechos sabidos o intuitivos.”<sup>787</sup>.

En un trabajo más reciente, sostiene que “la raíz de todo Derecho es el ser humano; en la persona radica el Derecho, en cuanto que ser con un valor individual y que se realiza como tal en la relación con los demás”<sup>788</sup>, pero no en los términos individualistas del liberalismo sino en relación con los demás y con la historia. Una visión comunitaria y personalista – en términos de Jaques Maritain – le lleva a plantear que “el Derecho Natural se entiende como una serie de principios

---

<sup>785</sup> De la Torre Rangel, Jesús. apud Sánchez Rubio, David. *Uso alternativo del Derecho en Latinoamérica*. 1995. Página 8.

<sup>786</sup> De la Torre Rangel, Jesús. apud Sánchez, David. Op. cit. Página 11.

<sup>787</sup> De la Torre Rangel, Jesús. *Conflictos y Usos del Derecho*. Editorial JUS. S.A de C.V. México. 1988. Página 15.

<sup>788</sup> De la Torre Rangel. *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Una visión integradora*. Editorial MAD. Sevilla. 2005. Página 54.

tendientes al bien común y a la justicia, a la realización integral del ser humano en la sociedad"<sup>789</sup>, de manera que en ese esfuerzo es donde derecho natural, personalismo y uso alternativo del derecho se encuentran como praxis de liberación.

Colombia ha sido otra fuente fecunda de pensamiento. De hecho allí ha mantenido su sede ILSA, el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Una serie de autores de pensamiento marxista (Víctor Manuel Moncayo, Edgar Ardila, Pablo Angarita, Germán Palacios, entre otros) han pretendido no sólo dialogar con esas prácticas, sino que generar teoría crítica para el derecho.

Por ejemplo Moncayo, respecto de los usos del derecho se pregunta: "¿como utilizar el derecho sin al mismo tiempo someterse a él? O, si se miran las cosas desde otra perspectiva: como denunciar los aparatos jurídicos y las instituciones judiciales si, en el fondo, todo el mundo respeta el derecho y el orden normativo vigente?"<sup>790</sup>. Señalando la necesidad de conocer en profundidad el funcionamiento del capitalismo como modelo social dominante, postula que ha sido el marxismo la teoría que mejor ha descrito esa formación social, demostrando en ese estudio del capitalismo que, la producción de plus valor en que se fundamenta, ha llevado a una fetichización de las relaciones sociales, con-fundiéndose esas relaciones con el intercambio de mercancías, lo que transformó a la lógica y la forma del contrato como el ordenador de esas prácticas, y se tradujo en el derecho, en la constitución del propietario (individuo formalmente libre, consciente de su carácter de poseedor habilitado para el intercambio) en la noción sujeto de derecho, categoría jurídica átomo de la teoría jurídica (Pashukanis). "Lo que ocurre con la producción capitalista es que la forma jurídica ya dada en las relaciones mercantiles se generaliza e invade todas las relaciones sociales, hasta tal punto que la propia fuerza de trabajo puede ser objeto de transacciones con otras mercancías reputadas equivalentes"<sup>791</sup>. Las preguntas frente al derecho son, en consecuencia, las mismas que frente al

---

<sup>789</sup> De la Torre Rangel. Op. cit. Página 87.

<sup>790</sup> Moncayo, Víctor. *Sobre la naturaleza del derecho como forma social de dominación*. En *Jurimprudencias. Lecturas del Otro Derecho N°1*. ILSA. Bogotá. 1990. Página 11.

<sup>791</sup> Moncayo, Víctor. Op. cit. Página 18.

intercambio: cómo usarlo y/o participar en él, aún críticamente, si ese uso los reproduce.

El feminismo, o ciertas reflexiones desde la perspectiva de género, han aportado reflexiones y prácticas de denuncia sobre el derecho, no solo por su carácter capitalista y de clase, sino también los rasgos androcéntricos y patriarcales del mismo. El derecho, sostenedor de los ordenes sociales en que opera y a los que sirve, normaliza y reproduce el estado de desigualdad que viven las mujeres, profundizando la ya larga grieta de la igualdad formal del liberalismo político, con una orientación sexista en el discurso jurídico. "La desigual condición jurídica y social de la mujer y del hombre se derivan de factores económicos, políticos, sociales y culturales más amplios, que hasta nuestros días se justifican alegando diferencias de carácter fisiológico"<sup>792</sup>, diferencias que se ocultan bajo una supuesta antropología universal del derecho, construida sólo sobre la imagen del varón como patrón de lo normal (lo social). "Al actuar así, el derecho se comporta arbitrariamente, porque soslaya nuestras carencias y se yergue simplemente como el que prohíbe o castiga, escondiendo esa arbitrariedad bajo el ropaje de la necesidad de precautelar el caos, del sofisma de mirarnos a todos y a todas como iguales, y de su supuesta neutralidad."<sup>793</sup> Si no hay diferencias en la definición del sujeto, como si no hubiese desigualdad, parece todo determinado en un solo patrón de medida: "al haberse constituido la sociedad y sus instituciones al servicio del varón y a su medida, en aquellos aspectos en que las mujeres no encajan, se supone que fallan ellas, cuando lo que falla es un sistema en el cual se las acepta sólo en la medida en que se parezcan al patrón."<sup>794</sup> Si el problema es el patrón/modelo, la cuestión entonces parece no ser ya la igualdad formal (iguales ante la ley) sino las condiciones de vidas concretas y cotidianas de cada mujer en relación con las de cada hombre, el goce de los derechos que cada uno necesite.

---

<sup>792</sup> Bermúdez Valdivia, Violeta. *Legalidad versus realidad*. En *Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992. Página 13.

<sup>793</sup> Briones Velástegui, Marena. *La falsedad del discurso jurídico*. En *Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992. Página 27.

<sup>794</sup> Calvo, Yadira. *Heno para el perro*. En *Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992. Página 14.

Particularmente importante me parecen las reflexiones de Alda Facio, quien ha sostenido que "el derecho, a pesar de ser un obstáculo para el desarrollo humano de la personalidad femenina, puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales, lo cual necesariamente llevará, a largo plazo, a un mejoramiento en las condiciones en que vivimos las mujeres"<sup>795</sup>. Ha desarrollado una interesante propuesta, analizando las normas de derecho internacional sobre discriminación contra la mujer, de manera de hacer una interpretación de los textos y de los hechos en casos concretos, sobre la luz de su resultado efectivo y no solo sobre los enunciados normativos. Sostiene que "podemos afirmar que para sostener que una ley es discriminatoria no es necesario que la discriminación esté en la letra de la ley. Es discriminatoria si tiene efectos discriminatorios... Para decidir si una ley es discriminatoria, hay que analizar sus efectos, no sólo su redacción."<sup>796</sup>

En concreto, la metodología propuesta consta de seis pasos que Facio describe en su libro *Cuando el género suena cambios trae*, de la siguiente forma:

Paso 1: Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal.

Paso 2: Identificar las distintas formas en que se presenta el sexismo en el texto: androcentrismo, dicotomismo sexual, insensibilidad al género, sobre generalización, doble parámetro, facilismo, etc.

Paso 3: Identificar cual es la mujer que en forma visible o invisible está en el texto (como paradigma): mujer blanca, casada, pobre, etc.

Paso 4: Identificar la concepción de mujer que sirve de sustento al texto: sólo la mujer-madre, la mujer-familia, la mujer en cuanto se asemeja al hombre, etc.

---

<sup>795</sup> Facio Montejo, Alda. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD. San José de Costa Rica. 1992. Página. 22.

<sup>796</sup> Facio Montejo, Alda. Op. cit. Página 81.

Paso 5: Analizar el texto tomando en cuenta los diversos elementos que configuran el fenómeno jurídico.

Paso 6: Colectivizar el análisis, para reforzar el primer paso de la concientización.

La argentina Susana Chiarotti es otra de las que reflexionan acerca del problema del uso del derecho y feminismo, ampliando la crítica a la propia crítica jurídica: "la tendencia general (de las corrientes críticas) es la de desmitificar el Derecho vigente, mostrando cómo se estructura y garantiza la sumisión de los desposeídos. Pero se ha ignorado sistemáticamente la desigualdad de géneros que existe dentro de esos sectores... (por lo que se ha visto el derecho) como instrumento de opresión desde el punto de vista de las clases sociales y de las etnias, pero objetivo y neutro desde el punto de vista de las relaciones entre hombres y mujeres"<sup>797</sup>. Por eso, señala Chiarotti, "Una crítica del derecho realmente profunda y transgresora debe abarcar necesariamente todos los aspectos, mostrando como el derecho sirve para perpetuar un sinnúmero de desigualdades... (a fin de) revisar el papel del estado y el aparato jurídico como garantes del control social de la sexualidad femenina y desentrañar como la lógica y el interés masculino son inevitablemente los utilizados para construir la ley"<sup>798</sup>. Se trata de desacralizar pero también de usar las normas, "buscando en ella los resquicios que nos permitan introducir demandas en favor de las mujeres, buscar el recoveco en las normas existentes, son tareas que debemos proponernos permanentemente, aunque seamos claras sobre el hecho que no basta con la reforma de la ley, con la igualdad formal que pueda llegar a obtenerse"<sup>799</sup>.

En eso coinciden con Flavia Piovesan cuando señala que "Incorporar la perspectiva de género en la doctrina jurídica impone, sobre todo, el desafío del cambio de paradigmas. Ese desafío apunta a la necesidad de introyectar nuevos

---

<sup>797</sup> Chiarotti, Susana. *¿Un derecho alternativo?*. En *Mujer/Fempress. Especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992. Página 21.

<sup>798</sup> Chiarotti, Susana. Op. cit. Página 21.

<sup>799</sup> Chiarotti, Susana. Op. cit. Página 25.



valores a una nueva visión del derecho, de la sociedad y del mundo. Traduce también la necesidad de inclusión de una gran parcela de la población mundial y de la inclusión de su modo de percibir y comprender la realidad”<sup>800</sup>.

Igualmente necesario me parece citar los trabajos de Franz Hinkelammert, economista radicado en Costa Rica que desde su participación en el DEI (Departamento Ecuménico de Investigaciones<sup>801</sup>) reflexiona sobre los derechos humanos en la época global, apartándose de la línea histórica de análisis a partir de los textos normativos o declaratorios sobre ellos para centrarse en los procesos sociales que implican la materialización de esos derechos humanos de los sujetos y las comunidades frente al capital, emparentándose así con la propuesta que al respecto realiza Joaquín Herrera Flores. Denunciando una verdadera inversión ideológica de los Derechos Humanos, señala que en la globalización se ha pasado de un discurso de protección del ciudadano a una defensa del capital: “La actual estrategia de la globalización entiende los derechos humanos como derechos del poseedor, del propietario”<sup>802</sup>, toda vez bajo las declaraciones de igualdad formal de todos los sujetos, se ha extendido esa protección a todas las personas jurídicas, de manera que también “la empresa aparece como sujeto de derechos humanos tanto como los seres humanos mismos, y aparece la tendencia de reducir los derechos humanos claves a derechos que los seres humanos tienen en común con las colectividades privadas”<sup>803</sup>, pasando todos a regirse por una misma supuesta igualdad ante la ley, pero no ya solo la ley del Estado sino la ley del mercado, que en definitiva produce explotación de las personas naturales y favorece a las corporaciones.

---

<sup>800</sup> Piovesan, Flavia. *A Mulher e o debate sobre Direitos Humanos no Brasil*. En Revista Crítica Jurídica, Nº 23. Enero-Diciembre 2004. Unibrasil. Curitiba. 2004. Página 85. En el original “Incorporar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica impõe, sobretudo, o desafio de mudança de paradigmas. Esse desafio aponta a necessidade de introyectar novos valores e uma nova visão de Direito, de sociedade e de mundo. Traduz também a necessidade de inclusão de grande parcela da população mundial e da inclusão de seu modo de perceber e compreender a realidade.

<sup>801</sup> [www.dei.cr.org](http://www.dei.cr.org)

<sup>802</sup> Hinkelammert, Franz. *El proceso actual de globalización y los Derechos Humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Descleé de Brouwer. Bilbao. 2000. Página 119.

<sup>803</sup> Hinkelammert, Franz. Obra citada. Página 120.

Finalmente quisiera rescatar los aportes que desde la Criminología se han efectuado al debate jurídico latinoamericano, denunciando que la base de la criminalidad no se encuentra puramente en el acto delictivo, sino en la doble raíz de imputación de conductas tipificadas como desviaciones y en la base material de explotación y pobreza que se verifica en un modelo social de acumulación que se centra en la acumulación de mercancías y en la maximización de las ganancias privadas, destruyendo las redes comunitarias. A un grupo de autores diversos, no necesariamente conectados, se les ha agrupado, a la hora de individualizar sus aportes bajo la denominación de Criminología Crítica. Se encuentran allí, por ejemplo, autores como los chilenos Juan Bustos Ramírez<sup>804</sup>, penalista destacado en América Latina y España y la socióloga Doris Cooper Mayr<sup>805</sup>; los argentinos Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>806</sup>, actual miembro de la Corte Suprema de Argentina y Roberto Víctor Ferrari, creador de la primera escuela de Criminología Social de Argentina; la peruana Raquel Yrigoyen Fajardo<sup>807</sup>, quién ha vinculado derecho indígena, pluralismo jurídico y criminalidad; los colombianos Jesús Muñoz Gómez, Emiro Sandoval Huerta o Alfonso Reyes Echandía<sup>808</sup>; penalistas críticos como el brasileño Salo de Carvalho, o los abolicionistas, entre los cuales existe un antecedente reciente en la formación del GITEP (Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciarios)<sup>809</sup>; todos de alguna manera en diálogo e influenciados por los trabajos de teóricos de la talla de Roberto Bergalli y del fallecido jurista italiano Alessandro Baratta.

Sus trabajos han sido decisivos para mirar el problema de la criminalidad y el de la seguridad desde una perspectiva amplia, centrada no en la reducción de la adaptación de las conductas a las normas y de la pena, sino en una perspectiva que incluya las relaciones de poder y de producción que las generan y contienen, donde,

<sup>804</sup> [http://biografias.bcn.cl/pags/biografias/detalle\\_par.php?id=36](http://biografias.bcn.cl/pags/biografias/detalle_par.php?id=36). Visita 15 Noviembre 2008.

<sup>805</sup> <http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/personas/7/8/7868.html>. Visita 15 Noviembre 2008.

<sup>806</sup> [http://www.csjn.gov.ar/data/cv\\_zaffaroni.pdf](http://www.csjn.gov.ar/data/cv_zaffaroni.pdf). Visita 15 Noviembre 2008.

<sup>807</sup> <http://www.alertanet.org/cv-ryf.htm>. Visita 15 Noviembre 2008.

<sup>808</sup> Para un resumen de los trabajos de estos autores puede visitarse la página <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html> Visita 15 Noviembre 2008.

<sup>809</sup> <http://antares.ucpel.tche.br/gitep/html/proposta.htm>. Visita 15 Noviembre 2008.

como lo ha sostenido Zaffaroni, todos los presos son presos del poder<sup>810</sup>, en un medio disciplinar en que se propone finalmente para todos conflictos sociales un único remedio para todos los males: criminalización y cárcel. Bajando la discusión penal de la perspectiva tipificante abstracta, se ha denunciado como “desde la implantación del modelo liberal burgués, caracterizado por la concentración de la riqueza, por la inequidad en la distribución de la renta y la preponderancia del capital transnacional financiero, y cuyas directrices apuntan hacia el mercado, la competencia y la exclusión, la población ha sufrido un vuelco cultural consumista e individualista, que ha ido configurando un esquema social cada vez mas desintegrado, con menos lazos comunitarios, acentuando la diferenciación de las clases sociales y la intolerancia entre sus componentes”<sup>811</sup>. Si bien es cierto que el derecho penal establece ciertos ilícitos en la medida que causan perjuicio a otros, los que deben ser perseguidos y sancionados, considerando el daño parece atendible, se debe estar atento a su criminalización cuando la propia estructura social produce y reproduce esa conducta al estigmatizar y disponer a los grupos humanos en relaciones que favorecen estas críticas, olvidando que “no solo el hombre es producto de la sociedad que lo rodea, sino que también es su víctima”<sup>812</sup>.

Tienen además en común el denunciar como lo que está en juego no es solo la criminalidad, sino en verdad un giro político del tema hacia la lucha por la seguridad social, que para los grupos dominantes es una verdadera lucha de control social, produciendo falsos dilemas que encubren las dominaciones concretas y ponen énfasis en los efectos antes que en las causas. Ante ese vuelco de la política criminal hacia la seguridad se esconde la historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional que desplazada por los regímenes democrático formales ha reordenado su discurso en una nueva guerra contra la delincuencia. La dicotomía entre política de seguridad o política es en verdad una falsa alternativa, “No solo porque con la criminalización de la política social la alternativa desaparece, sino también porque es

---

<sup>810</sup> <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=7206>. Visita 15 Noviembre 2008.

<sup>811</sup> Calderón Astete, Gonzalo. *Política Criminal y seguridad ciudadana, una visión crítica*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2005. Página 70.

<sup>812</sup> Calderón Astete, Gonzalo. Op. cit. Página 75.

un concepto estrecho y selectivo de seguridad, que condiciona y sofoca al concepto de política social”<sup>813</sup> que acentuando la represión olvida la protección integral de todos los derechos económicos, sociales y culturales en juego. “El problema sin duda, comienza al olvidar que la Seguridad Ciudadana es la conservación, fomento y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y no a la inversa”<sup>814</sup>.

Así, en definitiva, mientras que el discurso de la criminología tradicional, en relación a los comportamientos individuales, versa sobre el paradigma de la desviación, devenido de los conceptos de peligrosidad y perversidad; que en un nivel superior de operacionalidad, la Política Criminal se enfoca desde la seguridad, pretendiéndose como derecho ( seguridad nacional, orden público, seguridad ciudadana, etc.), la criminología crítica lo es porque pone en su base el problema de la libertad, señalándola como valor e indicador central, ya sea para categorizar las actitudes de los sujetos, cambiando la noción de desviación por la de divergencia, permitiendo en los sujetos actuaciones desde la diversidad cultural, política, étnica, religiosa, etc.; sin etiquetar las conductas previamente connotándolas de forma negativa y por tal motivo disponibles, pero también porque se plantea la necesidad de luchar contra las estructuras - formales e informales - que el poder de normalización impulsa, con el objetivo final de subordinar la libertad a la seguridad.

Contra esa mirada peligrosista, se hace necesaria una mirada profunda, que demuestra que en las sociedades reales el verdadero problema social no es la delincuencia ni la falta de seguridad sino las estructuras donde se desarrollan esos juegos: “El problema social de la extrema pobreza y de la pobreza se asocia a la delincuencia común en un 90% y en un 8% respectivamente. Evidentemente hay una relación directa e innegable entre delincuencia común y extrema pobreza. Dichas cifras vienen en reafirmar lo dicho desde Baratta, pasando por Zaffaroni

---

<sup>813</sup> Calderón Astete, Gonzalo. Op. cit. Página 83.

<sup>814</sup> Castro Casas, Iñaki. *¿Más seguridad, menos libertad?. Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana*. En *La Protección de la Seguridad Ciudadana*. The Oñati International Institute For Sociology of Law Proceedings. Universidad Antigua de Oñati. Euskadi. 1995. Página 153.

hasta Bergalli, que no es posible una política criminal sin adecuadas políticas sociales, dentro, obviamente, de un nuevo esquema social”<sup>815</sup>.

### **Re contextualizando el debate de las teorías críticas del derecho.**

Las reflexiones críticas y las prácticas jurídicas populares surgieron en un escenario bien distinto al que enfrentaron a partir de los años noventa, ya sin guerra fría, en un contexto global de neoliberalismo hegemónico y muy diferente a la crisis financiera del año 2008 que aún abre inciertas formas de continuidad y de ruptura con la era neoliberal abierta por la década de los setenta con el Consenso de Washington, el club de Roma y las políticas económicas y sociales que se iniciarían tras el golpe de estado en Chile.

En sus inicios el agotamiento de un modelo de capitalismo pactado era una calve en Europa y la Doctrina de la Seguridad Nacional campeaba en América Latina. El combate al comunismo, combatiendo localmente a quienes eran afines a las ideologías de izquierda como enemigo interno impuso violaciones masivas de los Derechos Humanos que afectaban no sólo las libertades políticas sino que incidían cotidianamente en la vida y seguridad personal. Así surgieron las primeras experiencias de defensa jurídica popular vinculadas directamente a la tarea de defensa de la vida y la integridad corporal de los disidentes, para comprender acto seguido que se estaba frente a una iniciativa de mayor envergadura que afectaban los derechos sociales mínimos ganados durante generaciones. Se amplió así el campo de lo jurídico a la defensa de la comunidad y a una lucha por la satisfacción de las necesidades básicas de la población, como a las señas de su identidad, en conflictos de género, étnicos, generacionales, ambientales, etc.

Tras la década de los ochenta del siglo veinte una oleada democratizadora trajo consigo nuevos contextos que no perdieron su carácter de fuerte inequidad y

---

<sup>815</sup> Calderón Astete, Gonzalo. *Política Criminal y seguridad ciudadana, una visión crítica*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2005. Página 134.

tensión social. La sustitución de las dictaduras militares por democracias restringidas, con limitantes institucionales, introdujo un campo de libertad de debate, y sin embargo continuaron los ataques contra la población sumados a políticas económicas que siguieron afectando a los sectores más pobres, a sus organizaciones, pero que fueron ampliándose a las otras capas medias, proletarizándolas, desprotegiéndolas a todas, mediante el retiro del Estado del control soberano de su territorio y sus comunidades, con políticas persistentes de desregulación laboral, no fiscalización de los aparatos financieros, políticas económica y socialmente regresivas, etc. A su vez, mientras más se hablaba en círculos ilustrados de una historia de derechos humanos, y se escribía acerca de ellos, se sembraba una forma de opacidad sobre la realidad que disminuía la conciencia colectiva de proteger el cumplimiento de los derechos formalmente acordados que se lograban o se recuperaban. El caso chileno es al respecto dramático acerca de cómo el tema de los Derechos Humanos se restringió a un debate político acerca del castigo a los militares violadores, pero se perdió de vista la vulneración social. En el contexto internacional la situación resulta similar, toda vez que "en los círculos diplomáticos existe la inclinación a no presionar a un régimen constitucional que presenta una situación de violaciones a los derechos humanos, pues la democracia puede ser precaria, y más vale una con violaciones a los derechos humanos que una dictadura"<sup>816</sup>. Estos regímenes post dictatoriales mantuvieron más o menos intensivamente políticas neoliberales resguardadas por un régimen formal de mayorías electorales, que aumentaron las condiciones de pobreza estructural, al hacer prácticamente desaparecer los indicios de estado de protección habidos.

En el plano geopolítico, la formación de bloques comerciales conformó un escenario donde todos estarían integrados a una comunidad mundial por la vía del comercio y la tecnología en que el globo estará al alcance de todos sus habitantes. Los Tratados de Libre Comercio desdibujaron las fronteras entre derecho público y derecho privado, abriendo el campo reflexivo del derecho a una transversalidad de los espacios locales y nacionales a la globalidad. En ese mercado mundial la

---

<sup>816</sup> Gallón Giraldo, Gustavo; Manitzas, Elena y Uprimny Yépez, Rodrigo. *Derechos Humanos en Colombia. Los retos de los 90*. En *Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina*. Novib: Organización Holandesa para la Cooperación Internacional al Desarrollo. Bogotá. 1993. Página 55.

mercancía se extiende a abarcar materiales inéditamente desechables, como los espacios naturales, las formas sociales y los individuos que no sean aptos para la comercialización. "Algunas personas (por terrible que pueda resultar ponerlo por escrito) simplemente no sirven: la economía puede crecer igual sin su contribución; para el resto de la sociedad tales personas no son un beneficio sino un costo."<sup>817</sup>. La globalización fue beneficiosa sólo para los integrados capaces de pagar por su participación en el mercado y por tecnología de punta.

El neoliberalismo se convirtió no solo en un modelo económico sino a la vez en un proyecto político y un inédito proceso cultural. Se trata de un proyecto integral de competitividad y *laissez faire*, de disminución de soberanía jurídica proteccionista a favor de una economía autorregulada, que es en verdad no regulación sino la mínima que asegure su funcionamiento. El paso de los años demostró la profundidad del modelo y como lo instituido era una verdadera revolución cultural, un cambio profundo en la forma de pensar que sustituyó la noción social integracionista por una lógica del consumo como patrón de integración social, alcanzando hasta los cimientos básicos de la teoría democrática, sustituyendo al ciudadano por el consumidor.

La reestructuración social fue de una profundidad mayúscula. Al decir de José Eduardo Faría, los rasgos más importantes de éste impacto social los siguientes<sup>818</sup>:

a) Crecimiento con desempleo, restringiéndose el mercado de trabajo por su traslado a países con menores salarios y protección laboral.

b) Heterogeneización de las relaciones laborales de acuerdo a su grado de calificación.

c) Desempleo estructural y xenofobia, ya que ese desempleo estructural aumenta la violencia contra los extranjeros inmigrantes.

---

<sup>817</sup> Dahrendorf, Ralf. *Apocalypse Neoliberal*. Carta Capital N° 15. Sao Paulo. 1995. Página 33.

<sup>818</sup> Faría, José Eduardo. *Los temas ausentes en las reformas económicas latinoamericanas*. Portavoz N° 43. Julio 1995. ILSA. Bogotá. 1995. Página 30-31.

d) Fragilidad sindical, ya que la reivindicación de derechos laborales se sostiene lleva a disminuir la competitividad de las empresas.

e) Deterioro de las condiciones de vida: la privatización de los servicios esenciales encarece su costo, que los desempleados no pueden pagar, marginalizándolos y haciendo aumentar la violencia urbana.

f) Concentración de la renta, ya que el proceso económico de la globalización favorece la apropiación y concentración de los ingresos, conocimientos y derechos, disminuyendo el haber de los sectores sociales más pobres.

A lo anterior deben necesariamente señalarse otros tres fenómenos complementarios:

g) Una crisis del Estado y del derecho como articulador social. "La expansión de un derecho de mercado, paralelo al de los Estados, como consecuencia de la proliferación de foros descentralizados de negociación establecidos por los grupos empresariales"<sup>819</sup> hace primar el poder de esta *lex mercatoria* frente a la soberanía estatal y sus instrumentos de política nacional. El derecho como instrumento de regulación social, y que lo vuelve inútil tanto para las empresas transnacionales como para los movimientos sociales: se trata de la diferencia que se produce entre el tiempo del derecho y el tiempo real en que funciona la vida económica y social.

Para las empresas, el tiempo que se requiere para la toma de decisiones democráticas o para la resolución judicial de los conflictos, las que pueden durar meses o años, les significa perder espacios de mercado al retrasar decisiones comerciales, lo que en definitiva se traduce en millones de dólares de pérdidas o dejados de ganar.

h) Una divergencia entre o lado, " las urgencias de las necesidades colectivas muchas veces son incompatibles con el "tiempo" de discusión en el parlamento o

---

<sup>819</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 30.



con el "juego" de las decisiones burocráticas en el poder ejecutivo o en el judicial"<sup>820</sup>. Se pone así en jaque la capacidad y la necesidad misma del derecho estatal, por cuanto los actores prefieren crear sus propias instancias de decisión o resolución de los conflictos que enfrentan, las que siendo también jurídicas, excluyen o minimizan considerablemente la soberanía de los Estados.

i) La fragmentación del ejercicio del poder en una multiplicidad de centros de decisión y de producción de la dominación material y simbólica adquirió nuevos sentidos, en una nueva organicidad para la resistencia primero y para una contra-acción más o menos global después. La crisis del Estado se acompañó de una pérdida de centralidad de los partidos políticos, obligando a generar nuevas tareas, nuevas tácticas y nuevas estrategias. Las luchas de resistencia y demanda de derechos se hicieron locales o de alcance limitado a un cogobierno del espacio más que a la toma del poder, como lo ha hecho el Movimiento Zapatista, o se tornaron en conexiones de lucha global frente a los grupos económicos, como lo ha sido el altermundismo y el Foro Social Mundial. Las tecnologías livianas de la informática colaboraron a redes de contra información, las comunidades más tradicionalmente asentadas como la de los pueblos indígenas lograron sobrevivir al colapso comunitario y reemprendieron luchas de reivindicaciones ya no sólo materiales. En las ciudades frente al asentamiento del hampa y el narcotráfico, al reordenamiento de los grupos paramilitares las organizaciones sociales debieron reenfocarse a la recreación de las redes sociales o a problemas que pareciendo meta-conflictos enfocan a las cuestiones de fondo de conflictos estructurales (pienso en el nacionalismo indígena boliviano o en la lucha por la paz en Colombia). En la productividad, el desarme de la organización sindical se desplazó a los cortes de ruta piqueteros para interrumpir la producción o a pequeñas batallas legales o a iniciativas más o menos amplias de boicot hacia el consumo.

En este nuevo contexto ya no se trata simplemente de enfrentar al Estado a través del cual los grupos económicos y políticos dominantes ejercen su poder y dominación, sino que ahora los sujetos a enfrentar y los lugares de las luchas

---

<sup>820</sup> Ramos Filho, Wilson. *Direito e século XXI. Três crises e uma opção. Ponencia presentada al Primer Coloquio Internacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política*. Universidad Autónoma de México (UNAM) entre el 4 y el 8 de marzo de 1996. Página 11.

sociales se han diversificado, y debe enfrentarse tanto la acción (omisión) del Estado ante las causas de los conflictos, como también a los sectores dominantes a quienes aprovecha y utilizan este escenario de crisis.

Durante todo este tiempo también los movimientos de crítica jurídica han debido reorganizarse. Las cuestiones siguen siendo las mismas, existe un constante auge y repliegue de la experiencia, por rescatar y adaptar las formas tradicionales de lucha. El trabajo de los servicios legales alternativos sigue vinculado a las luchas cotidianas, pero a nivel de la reflexión han existido dos movimientos que me parece necesarios de identificar:

Por una parte la incorporación a los proyectos institucionales y estatales de un grupo de actores del movimiento de crítica jurídica, lo que puede ser visto como una cierta concesión al modelo hegemónico. El Garantismo y cierto constitucionalismo (Cárcova, Gargarella) más la introducción a las formas procesales de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos lo demuestran. Pero a mi juicio también eso constituye un cierto avance en tanto aquellos desnaturalizados métodos de las luchas jurídicas populares adquieren una cierta aceptación, son al menos invitados al escenario de las formas jurídicas. Ello a pesar de cierta transacción, hace posible el plantear como es efectivo que la condición de posibilidad de una lógica no estrictamente positivista ni formal permite trabajar las necesidades humanas, enfrentar los conflictos y por lo tanto es posible adoptarlas, reinventarlas y profundizarlas.

Por otro lado, en la academia también ha habido una institucionalización de parte de los discursos críticos así como un descenso de la teoría general al campo de las disciplinas en el desarrollo jurídico, en el derecho civil, ambiental, de tierras, del trabajo. Hay también allí una doble perspectiva de aceptación y desafío para una nueva cultura jurídica.

Todos estos fenómenos de historia, práctica y discusión obligan a reconstruir los aportes de los movimientos alternativos de crítica jurídica. No hacerlo implicaría desperdiciar la potencia del doble movimiento posible del momento, el recuperar la experiencia y el construir nuevas propuestas jurídicas.

Recuperar permanentemente la idea del uso del derecho por parte de las comunidades y de los sujetos, la *contra ratio* de la soberanía jurídica para la cotidianidad, no para los debates conceptuales sino para las luchas por las necesidades humanas, por las libertades culturales y de identidad y no solo por las libertades políticas o de propiedad, por la apertura de espacios de dignidad. Volver la mirada a la soberanía propia y al potencial de las redes sociales que replanteen el mito del Estado como gran padre controlador, establecer métodos y formas de regulación de los espacios próximos en conexión con los otros espacios de desarrollo, de manera que la constatación del hecho que con la globalización neoliberal el Estado es en realidad un No-Estado señale, a la vez que una lucha por la protección de las poblaciones que no solo lo convierta en un conjunto de herramientas dentro de la planificación estratégica económica, permita mirar la posibilidad de volver la mirada sobre los demás espacios de la soberanía.

Es preciso recordar que las comunidades son capaces de crear derecho, de producirlo implementando ordenes normativos propios: “si por derecho entendemos la existencia de normas, esas no necesariamente escritas que incluyen dentro del grupo una obligación jurídica, respaldada por sanciones formales e informales y que además tienen mecanismos de resolución de conflictos, entonces estos ordenes normativos son derecho y tenemos pluralismo jurídico”<sup>821</sup>. Allí radica uno de los pilares de otra cultura jurídica donde el soberano reasuma su carácter de tal; que se reposicione de su soberanía y la ejerza en beneficio propio. A su vez que retomar la lucha por el uso real de la totalidad de normas y no sólo las que miran a la propiedad, obligando al positivismo jurídico a asumir a cabalidad sus postulados aun a riesgo de descomponerse: el derecho solo es tal en la medida en que es eficaz, y lo será en la medida que las reglas de que se construye sean aplicables y cumplan con su cometido normativo de hacer efectivo un cierto deber ser que contienen; solo eso las diferencia de otras normas como las morales. Si el derecho deja de aplicarse, si carece de eficacia pues se vuelve incapaz de cumplir su función propia, entonces deja de ser tal y simplemente no hay derecho.

---

<sup>821</sup> Santos De Souza, Boaventura. *Fin de Siglo que se quiere democrático*. Revista Portavoz N° 41. ILSA. Bogotá. 1995. Página 20.

En esa reapropiación posible que se abre, vuelven a coincidir los aspectos políticos y normativos del derecho. “Una democracia que solo convoque al ciudadano para legitimar la permanencia de instituciones públicas, es auto limitante en cuanto a sus potencialidades para la liberación del ser humano. Se requiere incorporar a la práctica cotidiana del pueblo y de quienes ejercen roles directivos en la sociedad, la noción de la apropiación de estos derechos para su impulso efectivo en las comunidades, especialmente en el mundo que vive en condiciones de pobreza, marginación y/o exclusión.”<sup>822</sup>

Si durante varias décadas la lucha de los movimientos de crítica jurídica fue por un uso del derecho en beneficio de las mayorías sociales explotadas, de la difusión de derechos, de su descubrimiento en las necesidades, en la producción de sujetos lúcidos, no existe motivo para olvidar toda esa actividad que colaboró en luchas de resistencia a la vez que abrió perspectivas de solución a numerosos conflictos que no tenían cabida en la legalidad estricta o en lo que se quería hacer con ella. En esa recuperación y potencia de la experiencia jurídica alternativa existe permanentemente una pista de retorno a la subjetividad concreta, en que ya “No se trata más de sujetos de una ciudadanía regulada, presa en la formalidad del voto delegativo, sino de un sujeto en relación, en una dinámica de alteridad con el otro, con la comunidad y con el poder político, objetivando la solución de sus problemas, de sus carencias y del reconocimiento de sus derechos. Por eso cabe sustituir a los sujetos destituidos de poder por el subterfugio de la delegación por sujetos individuales y colectivos con poder de acción y decisión, capaces, en pleno gozo de la ciudadanía, de ejercer el control democrático sobre el Estado o sobre otra cualquiera forma de poder instituido”<sup>823</sup>.

No debe olvidarse, como señaló en su oportunidad Gramsci, que crear una nueva cultura significa no solo la novedad, sino que “también y especialmente,

---

<sup>822</sup> Riquelme Segovia, Alfredo y Castillo Díaz, Adolfo. *Derechos Humanos en Colombia. Los retos de los 90*. En *Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina*. Novib: Organización Holandesa para la Cooperación Internacional al Desarrollo. Bogotá. 1993. Página. 174.

<sup>823</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Editora Alfa-Omega. Sao Paulo. 1994. Página 227.

difundir críticamente verdades ya descubiertas, ‘socializarlas’ por así decirlo, y convertirlas, por tanto, en base de acciones vitales, en elemento de coordinación y de orden moral.”<sup>824</sup>

Se trata de recuperar y repotenciar algo que se sabe desde hace mucho, pero que bajo el pensamiento centralista del Estado y la política estatal ha tendido a olvidarse, y es que no hay cuestionamiento, ni uso ni reappropriación del poder soberano sin acción local. Si hay una lección que agregar a las que ya hemos señalado para el trabajo jurídico, es que es posible también coordinar y llegar a espacios mayores de producción jurídica requiere replantear lo jurídico como un ejercicio colectivo y no solamente de individuos aislados. La actuación individual, que tampoco puede desecharse, se pierde en su aislamiento si no se vincula a otros momentos individuales y colectivos trabajando en conjunto. La actuación de cada grupo o movimiento por separado produce un efecto similar a la atomización de los consumidores en el mercado. La generación de redes, como complemento de la acción directa y de las vías formales (judiciales, locales, nacionales) aparece cada vez más como una necesidad de coordinación y eficacia. Y también como una forma de, en común, rehacer las formas en que hacemos política. La lección de la época reflexiva que hemos vivido las últimas décadas es que los instrumentos rizomáticos producen efectos sinérgicos. No basta con observar los tejidos de la economía financiera sino además provocar una acción intencionada de origen local y alcance indescifrado.

Hay también en esa recuperación de conceptos y experiencias una descolonización mental posible, que se contrapone al modelo centralizado tradicional que enseña a pensar en instituciones, servicios y lugares físicos inmovilizados por un lado, y en conceptos de integración artificiales para lo social, tales como el orden público o el bien común.

Frente a ese modelo, sabemos que desde los intercambios mercantiles pre modernos hasta el modelo financiero descentralizado y unido por tejidos electrónicos, el concepto de red ha existido y opera; pero también es necesario

---

<sup>824</sup> Gramsci, Antonio. Antología. Siglo XXI Argentina. Buenos aires. 1980. Página 366.

revisar como esa lógica ha sido y puede ser usada por las comunidades y los sujetos, no solo por su utilización sino por que anuncia una ratio diferente al modelo centralizado que se nos impone culturalmente en tiempos de descentralización. Mientras que el mercado ha construido una lógica reflexiva, a pesar de las experiencias de trabajo aún no asumimos en toda su potencialidad lo que significa una nueva antropología de seres relacionales, donde todos somos seres de contacto y relación.

El concepto de red no es solo un uso de conexiones, sino también una nueva manera de comprender el poder y asumirlo. "La red constituye una <<herramienta>> en oposición a un <<servicio>>, en que el usuario es un sujeto pasivo en la recepción de prestaciones preparadas por otros"<sup>825</sup>. Actuar localmente obliga a los unos y los otros a coordinarse efectivamente con otros, a practicar colaboración, solidaridad, tolerancia y cooperación efectiva; actuar en red además a cuidar el flujo y mantención de los lazos.

Pero como bien lo demuestra la ontogenia biológica,<sup>826</sup> la conexión, la experiencia y la memoria no deben perderse. La subsistencia misma depende de adaptación, recreación pero también de memoria cognitiva.

Adquiere importancia entonces el revisar la historia del pensamiento y las prácticas jurídicas críticas, situarlas y recontextualizarlas, pero sobre todo rescatar y sistematizar aquello que para una teoría nueva entregan. Solo así podrán retroalimentarse efectivamente prácticas renovadas y revitalizadas, razonamientos y relaciones para tiempos distintos.

### **Una síntesis de planteamientos de la crítica jurídica.**

---

<sup>825</sup> Abogabir, Ximena. *Enredando enredaderas de redes*. En *El Canelo* Nro. 76. Noviembre de 1996. El Canelo de Nos. Santiago de Chile. 1996. Página. 6.

<sup>826</sup> Ontogenia: historia de transformaciones de una unidad como resultado de una historia de interacciones a partir de su estructura inicial. Maturana Humberto; Varela Francisco. *El árbol del conocimiento*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2007. Página 169.

Tal como señalé anteriormente, lo que puede denominarse Crítica Jurídica no constituye un movimiento teórico uniforme, ni siquiera tiene un tronco de pensamiento común o una raíz ideológico política única, aunque pudiesen ciertamente ser tildados de contraculturales, anticapitalistas, socialistas u otras denominaciones similares. Pero precisamente a mi parecer en eso consiste la riqueza de su aporte, en que esa pluralidad la vuelve susceptible de auscultar horizontes teórico-prácticos que la dogmática jurídica tradicional no cubre. A diferencia de la denominada Teoría General del Derecho que es en verdad un espacio simbólico de teorización de las nociones generales comunes de diversos planteamientos con base en el derecho liberal, o del positivismo jurídico que pretendió establecer una dogmática única para el tratamiento de la juridicidad, las teorías y prácticas críticas del derecho han plasmado precisamente esa diversidad y han agregado al debate jurídico un dato de realidad: que el derecho es mucho más amplio que su reducción al horizonte liberal del discurso y las instituciones; así como también que lo jurídico es mucho más amplio que la legalidad vigente y sus aplicaciones.

Probablemente el sumario que se ofrece a continuación no sea exhaustivo, sin embargo me parece que en las siguientes áreas, las corrientes de crítica jurídica han marcado serios espacios de diferencia con la teoría hegemónica del derecho.

#### 1) Saber y ciencia.

Tal como señalamos en su oportunidad, el derecho moderno está emparentado y enraizado profundamente con el paradigma moderno de la ciencia. Recibió de ella su característica de constituirse como discurso cerrado, aislarse

fenomenológicamente del contexto en aras de la pureza del objeto, señalado por su carácter positivista, empiricista, formal, en una lógica fragmentaria del saber.

Las acciones críticas en cambio se vieron obligadas a replantearse ese horizonte epistemológico; de chocar con los oídos sordos de profesionales que dejaban fuera de la resolución de los conflictos la experiencia directa de los afectados, debieron abrir el horizonte exploratorio, sintetizar y sistematizar esas experiencias y atender a formas de conocimiento generalmente observadas como cultura antes que saber. Pero por lo mismo se afirmó cada vez más que al constituir sobre esas acciones una cierta metodología era posible descubrir el profundo campo del conocimiento experiencia. Para ello se requería una noción de ciencia flexible, una epistemología<sup>827</sup> integradora en tres sentidos:

**a)** Que reconociendo los límites del fenómeno, sus fronteras teórico/ prácticas se abriese a las aplicaciones e implicancias sociales del mismo.

**b)** Que manteniendo "transitables" las fronteras de su objeto, permita la mirada y la práctica de otros puntos de vista gnoseológicos sobre el mismo, constituyendo una disciplina dialogante antes que cerrada en las leyes/verdad que desde una posición de autoridad puedan establecerse.

**c)** Que favorezca y permita la participación de todos los involucrados en la generación del fenómeno, en el proceso de desenvolvimiento y en su operacionalidad, como medida democratizadora del saber y el hacer<sup>828</sup>.

Lo anterior trae para el derecho cambios profundos en la producción de teoría jurídica, porque una ciencia del derecho pluralista debe permitir necesariamente el rescatar su carácter de actividad social, la integración de otras perspectivas disciplinarias, el reconstituirse permanentemente sobre la atención al proceso en desarrollo tanto como al resultado, en su posibilidad de construirse como un discurso

---

<sup>827</sup> Premisas básicas que subyacen en la acción y cognición. (Gregory Bateson).

<sup>828</sup> Al respecto puede verse las ideas acerca del Knowhow ético que expone Boaventura de Sousa Santos en su libro *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. ILSA, Bogotá. 1991. Página 11 y siguientes.



que antes que explicar su objeto y dictar normas respecto del mismo, considere la finalidad de la experiencia.

## 2) Derecho Y Política.

Derecho y política "no pueden separarse en la consideración de nadie puesto que son lo mismo: la forma y la sustancia del único proceso real de desenvolvimiento de una sociedad"<sup>829</sup>, al que desde la teoría tradicional, que en cierta forma las vincula pero a su vez las separa, se le otorgan dos funciones que lo caracterizan:

a) Ser un ordenador social; encargado de regular las conductas humanas así como de velar por la cohesión social, manteniendo y conservando el orden existente al permitir y obligar al cumplimiento de las reglas que lo mandan y conforman, previniendo y castigando los quebrantamientos de ese orden.

b) Ser un instrumento, factible de servir y ser utilizado por cualquier idea u orden político que se encuentre en aplicación; al cual las fuerzas políticas recurren desde la institucionalidad.

Bajo esas premisas, como ya vimos, en tanto dispositivo, el derecho se constituye en una tecnología de control, en un campo de despliegue de las estrategias políticas. Cumple así un papel programático, de aparato ideológico oculto bajo su estructura formal-legislativa que persigue "obtener la adhesión necesaria de los individuos a los principios políticos y morales que están en la base de la legitimidad del derecho"<sup>830</sup>. Para ello, "el derecho suele estar dotado mejor que cualquier otro discurso, de la capacidad para hacer posible el ejercicio de prácticas de control y dominación, sin las desventajas políticas que acarrearía la percepción

---

<sup>829</sup> Barcellona, Pietro y Coturri, Giuseppe. *El Estado y Los Juristas*. Editorial Fontanella S.A. Madrid. 1976. Página 13.

<sup>830</sup> García, Mauricio. *Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho*. *El Otro Derecho* N° 7 Enero 1991. ILSA. Bogotá. 1991. Página 7.

escueta de estas prácticas y con el beneficio económico que supone la posibilidad de ejercer un poder a través de representaciones diversas del poder mismo<sup>831</sup>.

Las prácticas y las teorías jurídico críticas frente a esos problemas, actuaron rescatando para la comunidad el aspecto positivo del poder, buscando reintroducir el derecho en la sociedad y sus conflictos y así obtener un uso desde el reverso de su aspecto instrumental, asumiendo el derecho de las comunidades, recuperando los pluralismos. En la medida que se percibieron los límites instrumentales y sociales del sujeto individual del contrato, en que se introducen los principios de comunidad y de alteridad se subvierten las bases de reciprocidad exclusivamente patrimonial de las obligaciones, y el derecho se transforma en una discusión/acción sobre los derechos, las necesidades, la redistribución del poder. Frente al orden coactivo del Estado y la construcción ideológica de la sociedad liberal de mercado, la fetichización y control de los sujetos, se redescubrió la soberanía jurídica en el hacer propio, generando movimientos ejercicios de poder que procesaron los conflictos en una perspectiva de apertura pluralista, democráticas y democratizadoras, en que ya no era la realidad la subsumida en la norma, sino la formalidad se subordinaba al proceso político comunitario.

### 3) Derecho y derechos.

Sin asumirlo más que de manera abstracta y formal, en relación con el sujeto titular de sus facultades, el problema del derecho son los derechos. En un sistema legalista, donde sólo está permitido o prohibido aquello que la ley dispone<sup>832</sup>, los individuos sólo tienen como derechos aquellos que se encuentran

---

<sup>831</sup> García, Mauricio. Obra citada. Página 13.

<sup>832</sup> En cualquier sistema legal occidental que se revise, podrán encontrarse normas como las siguientes del ordenamiento legal chileno:

Art. 1º Código Civil: **La ley** es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la constitución, **manda prohíbe o permite**.

Art. 1º Código Penal: Es **delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley**.

escritos en la ley, sólo a ellos otorga una posibilidad de ejercicio y efectividad. De forma que todo derecho es solo derecho escrito, lo que se ha extendido incluso a los derechos humanos, donde finalmente se quedan en su enunciación en cartas de derechos y judicialización incompleta. Incluso las apelaciones a los derechos naturales devienen en opciones hermenéuticas sobre esas cartas de derechos.

Contra esa ilusión de la conquista de los derechos por su positivación, el alternativismo jurídico se propuso una visión ampliada de los derechos, en que la pregunta clave no es ya que son los derechos como concepto, ni donde constan, cuales son, sino que se entiende que lo jurídico es una lucha por su concreción, en que "participamos de la idea de un derecho como medio ordenado a la satisfacción de las necesidades fundamentales del Hombre. Por lo cual lo jurídico sobrepasa lo legal"<sup>833</sup>. Esta nueva ética de lo jurídico exige que el orden institucional no opere de manera cerrada y lineal, en una lógica de disciplinamiento social estructurado por criterios privados/individuales, sino que más bien se trata de hacer "una institucionalidad que se construye sobre bases reales y que se organiza en función de necesidades verdaderas y que intenta diseñar criterios directos de articulación y participación a base de intereses públicos/colectivos"<sup>834</sup>. Se trata de una verdadera inversión de los criterios de la actividad jurídica, yendo de la institucionalidad a la comunidad, de la propiedad a los bienes jurídicos protegidos, de la seguridad a las necesidades humanas.

Mientras que en la lógica del capital y del contrato como mecanismo de reproducción, centrada en la propiedad de los bienes antes que en su uso, se han confundido las necesidades con sus satisfactores, mirar esas necesidades requirió mirarlas de otro modo, no como un bien a poseer sino como el conjunto de relaciones y prácticas que permiten resolver la tensión entre insatisfacción de necesidades y cambio de posición y disposición, de manera de poner el acento en la satisfacción. Estos satisfactores son entonces "formas de ser, tener, hacer y estar, de carácter individual y colectivo, conducentes a la actualización de las

---

<sup>833</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para los Derechos Humanos y las Estrategias de Defensa Jurídica desde la Sociedad Civil*. Quercum. Documento de debate N° 12, Santiago de Chile. 1989. Página 2.

<sup>834</sup> Jacques Parraguez, Manuel. Op. cit. Página 9.

necesidades"<sup>835</sup>. Las relaciones entre los sujetos dejan así de entenderse como exclusivamente económicas para ser sociales, obrando en tres contextos: a) en relación con uno mismo, de forma que se acaba con las divisiones entre lo público y lo privado, b) en relación con el grupo social, ya que el proceso jurídico sólo puede ocurrir en la comunidad, y c) en relación con el medio ambiente, que deja de ser, a su vez, objeto exclusivo de apropiación y consumo.

Mirados así los derechos, estos claramente resultan distintos de las garantías estatutarias que son aquellas que para hacerse efectivas, el dispositivo estatal construyó mecanismos de mediación. La posibilidad de distinguir claramente entonces entre garantías y derechos, permitió ampliar la lucha por los derechos además de su reivindicación a la necesidad de obtener garantías legales para las conquistas sociales, pero también comprender la autonomía de los derechos y la perspectiva comunitaria de su construcción en un sentido diferente al de los ordenes estatales. Con ello el pluralismo jurídico adquiere una base teórica que servirá de base para analizarlo no solo como una contracultura en lucha, sino como las bases de una nueva cultura jurídica.

#### 4) El problema de la justicia.

De la misma forma, cuando debieron plantearse estas cuestiones centrales, también la comprensión de la operatividad de la justicia adquirió una dimensión diferente a la meramente enunciativa de la teoría tradicional que la vinculaba a lo jurídico desde los fines del derecho o bien que la atribuía a un acto procesal de atribución, para resituirla en forma concreta en el campo de las luchas sociales.

En un sistema en que es la ley, como lugar de producción de lo jurídico, que se encarga de definir a los sujetos, fijar los derechos y su institucionalidad de garantía, el problema de la justicia es tautológico. La ley determina que derechos se

---

<sup>835</sup> Max-Nef, Manfred; Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martin. Desarrollo a Escala Humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones. Editorial Nordan Comunidad. Barcelona. 1988. Página 35.

tienen, cuando se lesionan, cuando y como se administran y cuando se termina el proceso, hace que en definitiva, el problema de la justicia sea el problema de la ley, de lo que ella determina como justo y necesario. Y como allí todo es formal, en la formalidad y abstracción de la ley se borran las diferencias de capacidad entre los sujetos/as reales. Cuando en la mención a lo justo la teoría tradicional, se vuelve una y otra vez sobre el concepto de dar a cada uno lo suyo sin advertir las diferencias materiales de producción y reproducción de la diferencia, ese concepto no alcanza para completar efectivamente la realidad material.

Para las experiencias alternativa jurídica en cambio, redescubierto el derecho en la lucha por la dignidad y las necesidades, la ley no es sinónimo de justicia. El criterio de legalidad no basta para conferir legitimidad social a sus decisiones. La concreción de lo justo no puede ser ya medida por la formalidad y la adecuación de las conductas a los marcos normativos. Puesto el derecho y los derechos en juego en medio de los conflictos sociales, el construir justicia requiere de parámetros también materiales que permitan observar y verificar un cambio efectivo en la situación que da origen a esa conflictividad. Por ello, la justicia no es sólo un problema instrumental, es un proceso de contenido en permanente reestructuración. Frente a los permanentes vacíos que los órganos institucionales de justicia dejaban en los trámites de suma cero de los conflictos, la práctica alternativa descubrió que la justicia no puede ser un proceso que soluciona el conflicto con una administración que sólo reordena los elementos preexistentes. La resolución del conflicto requiere precisamente discutir la disposición de los elementos que determinan la posición de cada parte en el "juego social" que ha entrado en crisis. La justicia, para que sea justa, implica la construcción de una solución no sólo reordenando sino que redistribuyendo los elementos que obstaculizan la satisfacción de esas necesidades. La justicia en sociedades con disposiciones de poder social disímiles por su construcción histórica, más que atributiva debe volverse redistributiva.

Con ello también los sujetos de justicia adquieren un estatus diferente al del sujeto contractual. La perspectiva procedimental de hacer justicia trabaja con sujetos abstractos, la justicia material en cambio requiere a su vez de una concepción distinta de subjetividad, que incorpore una alteridad real y no sola de

contraprestación pecuniaria. Así ya no puede más hablarse de una justicia en abstracto sin considerar la posición de los sujetos reales. Como lo señaló Jesús de La Torre Rangel, la justicia "no es sólo una idea sino que se concretiza también en la realidad, la idea misma de justicia aparece siempre presente variando en los distintos actores sociales... dependiendo de la posición de clase."<sup>836</sup>, por lo que si de hacer justicia se trata, en el sentido redistributivo que ésta exige, el acto de hacer justicia significa una opción por el carenciado.

Contra esto los sectores dominantes permanentemente oponían la seguridad jurídica como elemento esencial del orden jurídico. Sin embargo las experiencias de reapropiación jurídica demostraron que no por el hecho de ampliar los límites decisorios y de reordenamiento estructural de la base de los conflictos, ello ocasionaba nuevas violaciones de derechos, sino que al contrario, habría espacio para construir legitimidades diferentes. Los fines abstractos del derecho se ven forzados a concretizarse desde que se denuncia la neutralidad judicial como algo inexistente y se fuerza a la fundamentación, o desde que la institucionalidad se tensiona en la decisión política de incidir en los conflictos sociales de una u otra forma, despojándosele así de su máscara de mera administración pública.

Juzgar y producir justicia significa discernir entre las alternativas que afectan a ese otro necesitado, así como respecto de la conveniencia de aplicar la ley para redistribuir el poder social y satisfacer las necesidades en conflicto. Esto significa que "aplicar la ley, en sí, no implica justicia o injusticia, lo que se decidirá en la aplicación al caso concreto actuando con una postura ideológica"<sup>837</sup>. En el plano de la decisión judicial, a diferencia del criterio abstracto de solución por subsunción de los hechos bajo una norma que lo formaliza y despersonaliza, la solución buscada y aplicada en el caso concreto no puede definirse por los elementos que existen de antemano. Sin perjuicio de la decisión individual, pero aplicable a la construcción de estructuras de justicia, el reordenar los elementos de la conflictividad social para resolver su tensión implica además adoptar el criterio de responsabilidad por las resoluciones y los efectos reales de éstas, más allá de los puramente formales. Así

---

<sup>836</sup> De La Torre Rangel, Jesús. *Conflictos y Uso del Derecho*. Editorial JUS S.A. México. 1988. Página 14.

<sup>837</sup> Bueno de Carvalho, Amilton. *Magistratura e Direito Alternativo*. Editora Académica. Sao Paulo. Página 28.

como Alda Facio señala que una ley debe analizarse y reconocerse como discriminatoria no tanto por su contenido sino por su resultado, una decisión de autoridad resultará justa o injusta, discriminadora, integradora o redistributiva en la medida que los efectos prácticos y sociales de ella lo sean. En otras palabras, el análisis de la situación deberá determinarse por los efectos que ocasione en la vida cotidiana de los afectados.

Si como señalaba el poeta chileno Nicanor Parra, al inaugurar la anti poesía, los poetas bajaron del Olimpo<sup>838</sup>, con las prácticas alternativas del derecho y las reflexiones de crítica jurídica el derecho pudo ya no sólo en la invocación de las masas populares de su carácter sagrado, sino que los propios juristas produjeron esa profanación del estatus institucional del derecho como reducto del saber oficial, proponiendo aquello que Agamben propone en términos de filosofía política como labor de profanación, es decir restituir a las cosas su uso fuera de los templos<sup>839</sup>.

## 5) Conflicto jurídico versus conflicto legal.

Así como desde la institucionalidad el problema de la justicia, para superar la formalidad en las respuestas a las demandas de judicialización de derechos, supone una reflexión y una opción sobre los tópicos discutidos en el punto anterior, esta

---

<sup>838</sup> <http://www.bauleros.org/parra.html>. Visita 21 Noviembre 2008. En el Poema Manifiesto, de 1942, Nicanor Parra escribía: Contra la poesía de salón/ La poesía de la plaza pública/ La poesía de protesta social./ Los poetas bajaron del Olimpo.

<sup>839</sup> “Profano –escribe el gran jurista Trebacio – se dice en sentido propio de aquello que, habiendo sido sagrado o religioso, es restituido al uso y a la propiedad de los hombres” (Página 97). O “El pasaje de lo sagrado a lo profano puede, de hecho, darse también a través de un uso (o, más bien, un reuso completamente incongruente de lo sagrado)” (Página 99). En. Agamben Giorgio. *Profanaciones*. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2005.

discusión tiene su contraparte en la lucha por los derechos y por la satisfacción de las necesidades que se desarrollan desde la sociedad civil.

La crítica jurídica replanteó un asunto clásico en materia de derecho procesal, el que conflicto no es igual que litigio. El concepto de litis procesal no responde a los verdaderos conflictos sociales por cuanto se restringen a una esfera de adecuación normativa y no a la dimensión material de las relaciones sociales. El punto resultaba clave para las estrategias de defensa de la comunidad. Mientras que en la concepción positivista del derecho el conflicto se da siempre entre particulares con intereses contrapuestos, que se oponen en igualdad de condiciones, el alternativismo jurídico denunció que éste punto de vista "parte del falso supuesto que la sociedad se encuentra en estado armónico, por lo cual de hecho se protege el statu-quo, o sea, la posición socioeconómica ventajosa de un grupo sobre otro"<sup>840</sup> y reduce a un conflicto formal los dilemas sociales creados por ese mismo sistema de acumulación privada. En plena concordancia con las funciones del Estado como aparato y del derecho como dispositivo de éste, con esta reducción el conflicto social es mediatizado, formalizado y desdibujado al ser reducido jurídicamente; y es resuelto por la actuación de los aparatos represivos e ideológicos dominantes.

Frente a esta verdadera ideología, que concibe a la sociedad de modo mitificado y describe los conflictos que en ella se verifican de manera puramente formal, la visión alternativa se preguntó desde donde rescribir el conflicto jurídico para una sociedad real, que no es la sociedad de particulares libres e iguales, sino aquellas con profundas contradicciones sociales, en que la insatisfacción de necesidades constituye un elemento estructural del estadio social. En esta perspectiva, ese estado de insatisfacción de las necesidades humanas fundamentales significa la negación de los derechos, planteándose un conflicto que se expresa como un conflicto jurídico. "Abordando así el fenómeno jurídico desde ésta noción más comprensiva en el sentido que dice relación con el derecho y no sólo con lo legal situamos sus criterios de exigibilidad más allá de la norma formal vigente, y los extendemos a la posibilidad de establecimiento de derechos que

---

<sup>840</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Querqum. Documento de debate N° 3. Santiago. 1986. Página 14.



permitan la satisfacción de necesidades fundamentales que no se encuentran consagradas en el ordenamiento o que resultan violadas por el sistema"<sup>841</sup>.

El conflicto jurídico no queda reducido a las clasificaciones rígidas que la tradición académica ha consagrado: derecho civil, penal, laboral, administrativo, menores, etc. Sino que se plantea en relación con las diversas áreas en que existe insatisfacción de las necesidades humanas, violación de los Derechos Humanos de cada miembro de la colectividad, individualmente y como miembro del grupo a la vez. Así entonces el conflicto planteado en relación a la vivienda, la educación, la salud, el trabajo, la participación, etc. no se refiere a una conculcación individual sino a un orden colectivo de insatisfacción que se estructura globalmente y adquiere dimensiones particulares en los sujetos pero también en los grupos afectados. Las prácticas alternativas del derecho repusieron en la discusión jurídica el hecho que la institucionalidad pretendía separar juridicidad de orden político. En un nivel profundo los conflictos sociales, individuales (como los del sexismo o racismo) y colectivos (carencias, violaciones masivas) son siempre profundamente políticos. El exceso de procesalismo formal provocaba opacidad sobre esto. Sin embargo después de esas experiencias es posible señalar que los conflictos que se plantean en la sociedad real son conflictos jurídicos al menos por dos razones: primero porque dichos problemas dicen relación con la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales y ellas dicen relación directa con el respeto a los derechos de los individuos y los colectivos; y segundo porque dentro de un sistema institucional complejo todos esos asuntos tienen una dimensión jurídica, que involucra o deslinda con esa institucionalidad; sea porque existe una normativa que legitima ciertos actos y deslegitima otros, sea por que se busca desplazar y mediatizar los conflictos del campo social a la esfera institucional para obtener su manejo y control.

"Visualizada así esta concepción abierta a la sociedad real, el conflicto jurídico no solamente se establecerá con la estructura jurídico institucional, sino también con las estructuras económicas, políticas y sociales"<sup>842</sup>. En cada una de estas esferas los conflictos dirán relación con quién debe satisfacer las necesidades

---

<sup>841</sup> Jacques Parraguez, Manuel. Op. cit. Página 15.

<sup>842</sup> Jacques Parraguez, Manuel. Op. cit. Página 15.

fundamentales y en qué grado (el Estado, el sector privado, la comunidad organizada) y la forma como dichas necesidades deben satisfacerse: los sujetos y la lógica de desarrollo. Resolver efectivamente los conflictos de juridicidad requiere que el escenario de resolución sea ampliado desde la esfera del Estado a la de la comunidad. Para el uso alternativo del derecho entonces, la resolución del conflicto jurídico puede darse tanto en un escenario legal como extralegal, privilegiando aquel que mejor resuelva el estado de insatisfacción de necesidades humanas y apoyándose en todos los instrumentos legales y extralegales (ilegales incluso, según la coyuntura histórica) que ayuden a la resolución favorable del conflicto.

A diferencia del conflicto formal individual de la legalidad, el conflicto jurídico ampliado de que hablamos es una transposición y subversión de los límites de aquel en dos sentidos:

**a.-** Es ampliado en cuanto a la noción de derechos que involucra, pues los reconoce más allá de la legalidad, en una fórmula que podríamos sintetizar diciendo que los derechos existen antes y a pesar de los códigos y las leyes.

**b.-** Es ampliado en cuanto se extiende más allá del conflicto intersubjetivo entre particulares del litigio procesal formal, convirtiéndose en un conflicto colectivo entre sujetos plurales y las esferas jurídicas, económicas y políticas, involucrando a la totalidad de quienes afecta la privación o negación de un derecho humano sinónimo de necesidad insatisfecha.

Lo central de los conflictos jurídicos colectivos consiste precisamente en que, por la extensión de los Derechos Humanos más allá de la esfera de la formalización normativa, el tipo de acciones desplegadas y el tipo de discursos que se desarrollan, apuntan a, y subvierten, los valores políticos y jurídicos que las clases dominantes han levantado como centrales: la propiedad privada, la seguridad jurídica de las instituciones respaldadas por los aparatos de coerción, el orden social, la economía de la libre concurrencia, etc. La solución del conflicto no está dada por la norma positiva sino por la articulación de los distintos discursos, relaciones y ejercicios estratégicos que juegan en el problema. De esos discursos y acciones, de la capacidad para colocar la necesidad insatisfecha como valor (jurídico) central en la

discusión y del resultado de hegemonía política que de allí se logre, dependerá el resultado del conflicto.

Desde nuestra óptica tributaria, a la vez tributaria que también parte de la crítica jurídica, la reapropiación de lo jurídico por la sociedad civil y la desacralización del legalismo como sinónimo de justicia, al trabajar la idea de ampliación del conflicto jurídico de lo particular a lo colectivo lo que busca es obtener que mediante la participación de la comunidad como sujeto del conflicto éste desborde la atomización de los derechos de los individuos aislados frente al aparato judicial y normativo sustantivo que lo respalda, para de esa forma, centrando la argumentación de la disputa no en la esfera institucional sino en la sociedad civil, obtener la primacía del valor jurídico "necesidad insatisfecha" por sobre las formas procesales garantizadas por los aparatos institucionales, incluyendo a los aparatos de violencia.

#### 6) Acerca de los usos del derecho.

De la misma forma ese replanteamiento de las practicas de juridicidad y de las luchas por el derecho resignificaron la cuestión del uso del derecho y sus instrumentos.

Con el Estado Moderno, el derecho sirvió como instrumento a favor de quienes ejercen el poder desde el Estado, cumpliendo funciones de ordenador social, encargado de regular las conductas humanas en un determinado marco de relaciones sociales, dentro de un orden que tiende a su conservación, realizando su labor mediante la prescripción de lo permitido y de lo prohibido, más allá de su enunciado lingüístico. "Desde este punto de vista, la eficacia generalizada del sistema consiste en que los sectores dominados produzcan las conductas que el poder desea promover"<sup>843</sup>; como aparato ideológico de la clase dominante, cumpliendo el papel de transmisor de los fundamentos programáticos de su modelo social, de manera de "obtener la adhesión necesaria de los individuos a los

---

<sup>843</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Página 225.

principios políticos y morales que están en la base de la legitimidad del derecho"<sup>844</sup>; de legitimador de la violencia del Estado como la única alternativa posible para mantener el orden y la paz social, toda vez que "el derecho suele estar dotado mejor que cualquier otro discurso, de la capacidad para hacer posible el ejercicio de prácticas de control y dominación, sin las desventajas políticas que acarrearía la percepción escueta de estas prácticas y con el beneficio económico que supone la posibilidad de ejercer un poder a través de representaciones diversas del poder mismo"<sup>845</sup>; así como de instrumento de control social, ya que al permitir nada más que ciertos conflictos que la norma determina como posibles, excluye de la licitud social todos aquellos que la ley no haya considerado necesarios de ordenar y regularizar según los criterios que existen dentro del sistema de normas que él mismo ha validado.

En ese contexto, en el uso de la simbología como de la fuerza blanqueadas de toda ilegitimidad, el derecho es usado para reprimir, silenciar y hacer desaparecer -incluso físicamente- las posibilidades del conflicto que se aparta de la norma, de manera de obtener la conservación de un orden social definido y resguardado por el mismo ente que monopoliza la fuerza y decide acerca de la legitimidad de su uso sólo en cuanto sea el que él hace; por el mismo ente que a través de la producción normativa vehiculiza sus representaciones valóricas, simbólicas e ideológicas; por el mismo ente que define que conductas son adecuadas para un orden que no admite otras que puedan acarrear su destrucción. Se trata de un circuito de cierre hermético.

La experiencia de crítica jurídica permitió otro aprendizaje, el que "Los usos del Derecho varían dependiendo tanto de la realidad -análoga - Derecho que se utilice, como de quién haga precisamente esa utilización"<sup>846</sup>. Ya como formación discursiva, como demanda o defensa de derechos o como actuación

---

<sup>844</sup> García, Mauricio. *Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho. El Otro Derecho* N° 7. ILSA, Bogotá. 1990. Página 7.

<sup>845</sup> García, Mauricio. Op. cit. Página 13.

<sup>846</sup> De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Los pobres y el uso del derecho. El Otro Derecho* N° 6. ILSA. Bogotá. 1990. Página 10.

institucional, el derecho es siempre una práctica social, localizada en las tácticas y estrategias de poder que ocurren en una geopolítica definida y nunca abstracta. Por lo tanto, ni sus manifestaciones ni sus aplicaciones son neutrales respecto del ejercicio del poder, ya que este nunca es neutro.

Esa es la primera gran lección que el alternativismo jurídico aprendió sobre la acción del derecho en los conflictos sociales. Más allá de la discusión acerca de la autonomía que el derecho podía tener respecto de las estructuras económicas con las que se entrecruza y que la codeterminan, es posible politizar lo jurídico en un sentido distinto al descrito, permitiendo un uso de los instrumentos legales, de las prácticas y las instituciones y del discurso sobre el derecho en una dirección opuesta a la defensa del orden de dominación. El derecho puede ser usado contra el orden dominante, puede ser utilizado en beneficio de aquellos que resultan excluidos, oprimidos y controlados en las sociedades del orden liberal, capitalista y patriarcal. Puede ser usado en un sentido positivo de producción de poder para los sectores oprimidos, los pobres, los discriminados.

En los años sesenta y setenta del siglo veinte el movimiento europeo del Uso Alternativo del Derecho precisamente buscó usar el derecho, en cuanto ordenamiento legal, en beneficio de la clase trabajadora y en contra del capital; desde los sesenta, en el tercer mundo y especialmente en Latinoamérica, los límites de lo jurídico se ensancharon en una búsqueda cada vez más política de sinonimia entre derecho y derechos, entre derechos humanos, dignidad y cambio social, entre derecho y democracia sustantiva. Asumiendo la defensa de las comunidades populares frente a las violaciones de derechos que las afectaban, los juristas alternativos aprendieron que el derecho podía ser no sólo un instrumento de control, sino que además podía cumplir un fin distinto: ser una herramienta de lucha en la demanda o en la defensa de los necesidades económicas, políticas y sociales de la sociedad civil, en beneficio y alianza con los sectores populares. Esta inversión en los fines y en la práctica del derecho significa plantearse los usos de lo jurídico en directa relación con los ejercicios políticos frente al Estado y a los conflictos sociales, asumiendo el derecho como un instrumento "que reconozca efectivamente los derechos de la población, sus prácticas culturales y sociales recobrando su

naturaleza estrictamente universalística, no instrumental al servicio del poder y de la política de los sectores económicamente dominantes"<sup>847</sup>.

En ese reconocimiento de los sujetos de juridicidad fuera del Estado y del orden de dominación se siembran no sólo prácticas, tácticas y estrategias jurídicas distintas a las del monismo jurídico, la dogmática o la judicialización procesal formal del derecho y sus conflictos, sino que en ese reconocimiento de las posibilidades y potencialidades del uso alternativo del derecho que permita la construcción de un Derecho Alternativo para una sociedad no individualista, nacen también las oportunidades para una nueva cultura jurídica por materializar.

## 7) Operadores jurídicos para un nuevo derecho.

Resignificar los usos del derecho carece de sentido si no se vincula esa reflexión acerca de la praxis jurídica con la praxis misma de quienes hacen ese uso, quienes lo ejercen y practican, ampliando a su vez los horizontes estrictamente profesionalizantes de la abogacía.

En la labor tradicional de la abogacía como monopolio de lo jurídico práctico, al basarse exclusivamente en la posibilidad de la ley, ese particular operador del derecho se convierte en celador de las normas que regulan un determinado modo de producción y en reproductor de una cierta forma de distribución del poder político; su labor es asistencial, suplantando en la defensa de sus derechos a los afectados directos. Ese ejercicio, diseñado de esa forma y replicado constantemente, la satisfacción de necesidades nunca es completa ni la conflictividad puede ir más allá de la tensión que el sistema tolera.

---

<sup>847</sup> Rodríguez M, Eduardo. *La producción social del derecho versus autonomía. El Otro Derecho* N° 6. ILSA. Bogotá. 1990. Página 65.

Las prácticas alternativas se plantearon una pregunta de suyo central: como desatar ese nudo de la reducción profesionalizante y disciplinar que, a la vez que usa, reproduce el modelo de exclusión de la juridicidad comunitaria al centrar todo su accionar en el trabajo técnico legal y en la suplantación de los actores principales del conflicto.

Comprendiendo que la actuación del derecho dice relación con el ejercicio del poder en determinados espacios dentro de la construcción del Estado de Derecho, "Estos espacios que los abogados llenan como tales, "profesionalmente", son espacios políticos; que reclaman la actitud política del abogado profesional."<sup>848</sup>, de allí la importancia del cambio de cultura jurídica que importa re significar el rol de los abogados dentro de la operación jurídica e incorporar a los demás sujetos a la operacionalidad del derecho. Se señaló entonces que era posible para el derecho adquirir un papel político nuevo; pasar de instrumento de dominación a ser un agente democratizador en las relaciones de poder, convirtiéndose así en un ejercicio de contrapoder, o incluso de producción de poder, que posibilita la reapropiación de la soberanía popular y del saber/práctica/poder expropiado y centralizado en el Estado. El derecho puede ser un aliado en la defensa y en la resolución de los conflictos jurídicos que definimos como conflictos colectivos o conflicto jurídico ampliado. Ese es el nódulo central de enunciar un Uso Alternativo del Derecho.

En esa resolución el lugar que ocupan los sujetos afectados y los operadores jurídicos que trabajan con éstos actores es principal, precisamente porque lo que se juega no es solo un lugar, una actividad, sino un despliegue de estrategias sobre el conflicto que determinan la posibilidad de resolverlo de una u otra forma, en uno u otro sentido; en uno que amplía el escenario de debate y lucha y lo orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses que originan el conflicto, o de uno que lo reduce al marco de la legalidad vigente y las soluciones preestablecidas.

Desde el punto de vista de la instrumentación del derecho vale la pena detenerse en el tipo de estrategias de defensa que se usan, porque es en ese marco

---

<sup>848</sup> Correas, Oscar. *La democracia y las tareas de los abogados en América Latina*. ILSA. Bogotá. 1985. Página 218.

donde se determina a su vez tal o cual uso del derecho, su discurso, sus aparatos y sus dispositivos.

En la estrategia de defensa tradicional, que podemos denominar como "estrategia predominantemente legal"<sup>849</sup>, que corresponde al tipo tradicional de trabajo jurídico de defensa de casos, el conflicto se dimensiona en el espacio de la presentación y representación del caso individual ante los tribunales, en que los actores del proceso son el abogado y el Poder Judicial. En este choque de posiciones en un contexto espacio/temporal delimitado y descontextualizado, se enfoca y enfrenta el problema desde una perspectiva individualista, los afectados son relegados a un segundo plano o derechamente marginados de la discusión, las necesidades se desarraigan de su origen y de sus fines. En una estrategia de defensa alternativa, como las que aprendieron a desarrollar los Servicios Legales Alternativos, y que podríamos denominar como "estrategia jurídica"<sup>850</sup>, el escenario de conocimiento y resolución del conflicto jurídico es ampliado. Se caracterizan estas estrategias por ser esencialmente participativa, colaborativas, integradoras y democratizantes, tanto en la participación como en la decisión, asumiendo el problema colectivo y el escenario social amplio de desarrollo y resolución del mismo. "Se plantea ante el poder judicial o frente a la autoridad con la cual se ha planteado el conflicto. Es una estrategia que incluye a la vez la acción legal (abogados y poder judicial) y el uso de los espacios extralegales, determinados fundamentalmente por la capacidad de organización y movilización de la comunidad"<sup>851</sup>.

Es entre ambas opciones, ya no en los polos sino en el arco de posibilidades que se despliegan, donde es posible observar y producir una actuación distinta de quienes usan el derecho. Aún considerando el espacio de máxima rigidez del escenario en que se desenvuelva la defensa tradicional, como bien lo demostraron tanto las experiencias de los jueces alternativos italianos y españoles como brasileños tanto como lo que se dado en llamar positivismo jurídico de combate, es

---

<sup>849</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Querqum. Documento de debate N° 3. Santiago. 1986. Página 22.

<sup>850</sup> Jacques Parraguez, Manuel. Op. cit. Página 23.

<sup>851</sup> Jacques Parraguez, Manuel. Op. cit. Página 23.



en el campo de tensión de las estrategias instrumentales de lenguaje, norma y decisión es posible abrir espacios democráticos ensanchando las rupturas, lagunas y contradicciones que la letra de la ley posee. La posibilidad parte exactamente desde allí, desde la comprensión del derecho en su importancia simbólica y en su construcción lingüística, para retomar los símbolos y el lenguaje, ampliando su universo de significados en la proposición de discursos que muestren la multipolaridad de las condiciones que originan el conflicto, que expongan ante el juez no sólo las condiciones de origen sino las consecuencias sociales y políticas de su fallo y que propongan una alternativa interpretativa distinta a la del legalismo. En esa guerrilla interpretativa "toda demanda -y particularmente, todo alegato- es una propuesta de sentencia, cuya elaboración conlleva la necesidad de un razonamiento entre alternativas de interpretación que, según hemos visto, sólo pueden ser dirimidas con criterios de "*política*". El juez examina las "pre-sentencias" formuladas por cada uno de los abogados y hace suya una de tales posiciones, teniendo en cuenta además las repercusiones "políticas" de tal solución respecto de otros casos similares"<sup>852</sup>.

Han existido permanentemente acciones de éste tipo y a éste nivel que requieren ser apreciadas como una práctica sistemática de trabajo jurídico y no solo como meros episodios individuales. Desde las iniciativas históricas planteadas desde el Derecho Laboral, que fue originalmente "creado fundamentalmente por la vía jurisprudencial en el que abogados y jueces han realizado una verdadera actividad política, erosionando poco a poco las bases sociales vigentes"<sup>853</sup>, hasta las defensas de causas indigenistas, ecologistas, de género, de derechos humanos, no son solo defensas, sino que, como lo evidenció la sistematización de experiencias de la teoría crítica del derecho, son un campo de despliegue de estrategias que aceptan jugar dentro de un campo predefinido, buscando ampliar o incluso romper los horizontes dialécticos del proceso tradicional.

---

<sup>852</sup> De Trazegnies, Fernando. *El rol político del abogado litigante*. En *Los abogados y la democracia en América Latina*. ILSA. Bogotá. 1985. Página 58.

<sup>853</sup> De Trazegnies, Fernando. Op. cit. Página 68.

Sin embargo, también pudo comprenderse y aprenderse, que esa no es la única alternativa. La historia de los Servicios Legales Alternativos demuestra cómo es posible una redefinición a partir de una ampliación de las funciones conferidas a los juristas. Esas prácticas que asumen el conflicto colectivo desarrollando estrategias de defensa necesariamente participativas, pueden estar destinadas **1)** a obtener del aparato jurisdiccional, procesos y fallos que revelen una interpretación favorable y en ese sentido justa, para los sectores empobrecidos; **2)** a desarrollar una crítica y denuncia del sistema, legal vigente para, en un proceso de acumulación de fuerzas, obtener las modificaciones legales necesarias; **3)** a crear, en conjunto con las organizaciones sociales a las que aportan, formas de poder popular que posibiliten el cambio social buscado; **4)** a rescatar y potenciar las formas jurídicas existentes al interior de las comunidades, desarrollando y defendiendo, frente a la pretensión monopolística del Estado, el pluralismo jurídico.

La diferencia radica nuevamente en los objetivos que promueven y que se centran en:

**A>** La reapropiación de lo jurídico por parte de los diversos actores sociales, especialmente por los sectores populares, produciendo una difusión hacia éstos, desde quienes ostentan el monopolio del saber.

**B>** Obtener la primacía de lo justo por sobre las soluciones formales y en ese sentido privilegiar lo legítimo por sobre lo legal.

**C>** Desarrollar prácticas jurídicas que posibiliten la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso de la comunidad a sus derechos fundamentales.

**D>** En la medida que esas prácticas se articulan con las fuerzas sociales a las que sirven, obtener modificaciones del sistema jurídico, tanto en lo positivo como en la racionalidad interna de éste, lo cual sólo es posible en la medida que se modifican las relaciones sociales que se expresan jurídicamente.

En estas otras prácticas se hacen presentes las inmensas posibilidades de trabajar en la educación para un uso alternativo del derecho y con el papel que en las estrategias de defensa caven al profesional. Educación que contrariamente a las acciones oficiales, no es solo información de derechos y vías, sino que corresponde a una verdadera socialización del conocimiento jurídico, tanto de la ley como del lenguaje, como del discurso jurídico sobre los derechos, que busca ya no señalar sino verdaderamente romper el cerco cultural que excluye a la mayoría de la población. "Dentro de ésta dimensión educativa, un prerrequisito fundamental es formar y capacitar a los propios abogados y estudiantes de derecho, quienes carecen de toda experiencia en el trabajo popular"<sup>854</sup>, desculturizándolos de su papel de aplicadores de la ley, reconstruyendo su rol de expertos monopólicos de su saber. Deconstruir el conflicto jurídico de su pura categorización formal implica mostrar las contradicciones que provocan la insatisfacción y las estructuras que las originan. "De allí que un rol educativo a ser desempeñado por los abogados consistirá en contribuir a despejar esta contradicción, mostrando sus implicancias y efectos"<sup>855</sup> de manera que sea la comunidad la que elabore las estrategias de demanda y/o defensa de sus derechos durante el conflicto.

Pero desde allí, se abre el campo de disputa, ya que quienes se apropian del discurso y de la parte retórica del saber jurídico, penetran en el discurso del poder, produciendo un razonamiento nuevo y que permite un nuevo escenario entre quienes introducen niveles de razonamiento formal para su experiencia cotidiana, en un diálogo con quienes, conociendo esta realidad material flexibilizan la técnica jurídica al servicio de una estrategia de defensa ampliada, reordenando la relación saber/verdad/poder y colocándola en perspectiva de un uso dentro y fuera de los espacios sacralizados de la justicia institucional. Aquí, en este nuevo campo de lucha y estrategias, el profesional adquiere un nuevo sentido. Mientras los afectados pueden y deben reasumir su lugar de primeros actores de su conflicto, los conocimientos jurídicos duros aportan instrumental de trabajo, pero no reemplazan a quienes son los verdaderos involucrados ni reducen sus estrategias ni opciones de

---

<sup>854</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Querqum. Documento de debate N° 3. Santiago. 1986. Página 12.

<sup>855</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Querqum. Documento de debate N° 3. Santiago. 1986. Página 18.

lucha, sino que acompañan disponiendo en un lugar comunitario su experticia, para potenciar las organizaciones sociales y la participación como la forma de tender un puente entre el individuo aislado y el Estado, que haga desaparecer la separación entre éste y la sociedad civil, en un ejercicio político y que recentre la posesión del poder y las necesidades de la mayoría por sobre los privilegios de la minoría que hasta ahora ha usufructuado de la propiedad, de la protección del Estado y de los beneficios de esa arquitectura de brecha.

### **Nueve pistas para tener presente.**

La teoría y las prácticas de la Crítica Jurídica instalaron de manera permanente en el debate jurídico los cuestionamientos que hemos intentado reseñar. Primero cuestionando la objetividad de los ordenamientos jurídicos, así como la neutralidad de los jueces; segundo cuestionando el razonamiento jurídico mismo en tanto justificación del orden; tercero, construyendo metodologías de trabajo que rompieron el cerco disciplinar del derecho profesional; cuarto, denunciando la complicidad del legalismo con la dominación material de la lógica contractual; quinto empleando estrategias que desafiaron abiertamente el orden y las formas políticas de producción y protección del capital; sexto, constituyendo un discurso de retórica propia y distinta a la del formalismo; séptimo, conociendo, revisando, deconstruyendo y reformulando el conocimiento jurídico, recomponiendo sus elementos y vinculándolos a otros saberes críticos relacionados; y por último dibujando los contornos de posibilidad de una nueva cultura jurídica a la vez subyacente y emergente. Contra la uniformidad teórica, ideológica y monista de la llamada Teoría General del Derecho, la Crítica Jurídica permitió demostrar la pluralidad de alternativas de conocimiento, uso y eficacia del derecho dependiendo de las posiciones y disposiciones de sus actores en relación con los principios del Estado, el mercado y la comunidad.

Puede apreciarse ahora de mejor forma que bajo la sola perspectiva liberal de la dogmática jurídica y su monóculo cognitivo, que el Derecho no es sólo un sistema normativo integrado por un vasto conjunto de prescripciones de jerarquía diversa,

ordenadas bajo una norma superior y fundante que las legitima, y que decide su eficacia en la aplicación de esas normas por los poderes y aparatos del estado, sumado a un subsistema de interpretación práctica y teórica que define los alcances, posibilidades y gestión del aparato normativo-social ejercitable en el ámbito político. Esa forma de caracterizar el derecho, enfatizando el aspecto normativo, no es más que una descripción parcial del fenómeno jurídico en tanto fenómeno social, siempre colectivo y de inevitable orden político.

El fenómeno jurídico corresponde, más bien, a un conjunto de relaciones sociales no necesariamente expresadas positivamente, referidas siempre al ejercicio del poder en un espacio geopolítico definido. En ese sentido el Derecho puede ser propuesto como una práctica social, formada por un discurso, que se dice jurídico para individualizarse, así como por una serie de acciones que usan parte de ese discurso, y que ocurren tanto en el Estado como en la Sociedad Civil; acciones que son desarrolladas por sujetos individuales o colectivos miembros de una comunidad, ya sea en espacios institucionales, sociales o personales, que dicen relación con el ejercicio del poder, y que cumple funciones distintas, pero en todo caso siempre de orden político.

Una concepción abierta como ésta plantea un desafío permanente de volver a producir espacios de apertura y de emancipación en las relaciones sociales, ejerciendo democratizaciones permanentes, combatiendo la centralización de la soberanía jurídica y apostando por una nueva condición de posibilidad para esa cultura jurídica divergente, que si bien es cierto requiere de cambios materiales y estructurales para incidir, es posible enunciar como pilares para una mutación de estado.

Para esos nuevos desafíos, recuperando la experiencia, me parece que existen nueve pistas inolvidables acerca del derecho que el alternativismo jurídico resaltó, y que deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar los modelos empleados y adaptarlos a las nuevas realidades, o de construir nuevas metodologías y estrategias:

## 1.- El derecho dice relación con el ejercicio del poder.

Tanto porque forma parte del Estado como por cuanto es expresión de la organización comunitaria o por qué se hace de él un uso estratégico y decisorio, el derecho tiene siempre una función política, ejercida en relación con la producción de las formas del poder, con las relaciones de sujeción entre los sujetos/as que lo ejercen. Es un discurso simbólicamente determinante, estratégicamente producido y operado, proporcional a los sentidos que se buscan imponer, producir o destruir, expresión de un consciente y un inconsciente político de dominación o emancipación. **No existe en consecuencia discurso, uso, práctica o ejercicio jurídico neutro, sino que siempre se trata de una disposición estratégica de elementos.**

## 2.- El derecho es una práctica social.

Sólo existe en la medida que se ejerce, que alguien lo practica, lo desencadena, lo utiliza. Al igual que todo proceso cultural, es posible rastrear su origen, describir su desenvolvimiento, establecer su desarrollo. En ese sentido hablamos del derecho como práctica, en cuanto corresponde a un despliegue de ejercicios que van más allá de las normas que en un momento determinado forman un ordenamiento jurídico específico. En una mirada profunda descubrimos que no existe práctica jurídica privada ni caso individual aislado. Toda práctica de un individuo (de los abogados, del que delinque, del que juzga, del que reclama) pone en movimiento interacciones dentro del sistema jurídico y fuera de él con el contexto sociopolítico en que se desarrolla esa práctica. **En la medida en que se pone en movimiento una fracción del sistema jurídico, de su discurso, sus herramientas, sus instituciones; se activa toda una secuencia de estrategias y despliegues tácticos que impactan más allá del caso particular en que se actúa.** Con mayor razón se producirá esa articulación de micro y microfísicas sociales. Por eso que es que los discursos formales solo juegan a la dispersión, pero en realidad crean un sistema de dispersión del poder jurídico que afirma la

concentración de otras formas de poder, como el económico, el militar, el semiótico. "No basta con proclamar derechos, aunque ello sea esencial. Hay que crear además un entorno que favorezca el ejercicio real de sus derechos por las propias poblaciones"<sup>856</sup>.

### 3.- El derecho es un discurso que se singulariza a sí mismo como jurídico.

El discurso jurídico, parafraseando a Foucault, "es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro"<sup>857</sup>, en que se disponen y encuentran acciones y reacciones, juegos de dominación y retracción, de lucha de posiciones.

Decir que el Derecho se constituye en y desde el lenguaje es señalarlo como acción cultural que ocurre dentro de una comunidad determinada, y que sólo en ella adquiere sentido el despliegue de ese discurso. Si como señala Humberto Maturana lo humano se constituye y diferencia en el lenguaje y "Los seres humanos somos lo que conversamos, (y) es así como la cultura y la historia se encarnan en nuestro presente"<sup>858</sup>, el ejercicio del derecho adquiere formulación preferente a partir del uso del lenguaje como productor de sentido, como denotador y transmisor. Se trata de un producto esencialmente mitopoyético en cuanto se constituye a sí mismo en una parcela diferenciada de otros discursos que circulan en las redes comunicativas, singularizándose, reservándose para sí una función indicativa, prescriptiva, reguladora.

La dogmática jurídica pretendió un discurso cerrado y definitivo. "El eje que orienta las pretensiones lógico formalistas en el campo del lenguaje en su deseo de constituir el lenguaje perfecto, un Esperanto no ambiguo, es la idea de que existe, ya

---

<sup>856</sup> Juristes Solidarites. *Prácticas del derecho, producciones del derecho*. Juristes Solidarités. Paris. 1993. Página 8.

<sup>857</sup> Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 1992. Página. 15.

<sup>858</sup> Maturana, Humberto. *Emociones y Lenguaje en Educación y Política*. Centro de estudios del Desarrollo. Ediciones Pedagógicas Chilenas S.A. Santiago de Chile. 1990. Página 88.

dado, un universo de lo decible y que el desafío al que se enfrenta el lógico es el de encontrar el instrumento idóneo para decir ese decible ya estructurado"<sup>859</sup>. Esa pretensión denunciada resulta falsa, ya que nunca es posible una repetición de claves de suyo cerradas sin que admitan a lo menos polisemia. Pero precisamente allí radica la posibilidad de re significar ese discurso permanentemente. En tanto formador de verdad, todo discurso tiene siempre la capacidad de nombrar, de denotar, de asignar, de configurar una realidad que, sobre su espacio de poder, la constituye como verdad: "la tarea fundamental del "discurso" clásico es atribuir un nombre a las cosas y nombrar su ser en este nombre"<sup>860</sup>.

Por eso es que el discurso jurídico se significa y propone a sí mismo como un ejercicio determinado, "que describe la apariencia de esas relaciones sociales, constituye el referente del sentido ideológico del discurso del derecho"<sup>861</sup>. Precisamente por esa característica polémica de su lenguaje que va desde la controversia interpretativa del fonema hasta la pugna ideológica misma, la capacidad de producir verdad que atribuimos al derecho adquiere importancia trascendental el no perder de vista la permanente dinámica del lenguaje, en que incluso todo esfuerzo por producir actos de conservación de estados, implica una movilización de topois para ello. Si como señala Foucault "un lenguaje no puede representar el pensamiento de golpe, en su totalidad; es necesario que lo disponga parte a parte según un orden lineal"<sup>862</sup>, no puede olvidarse que esa ordenación y linealidad puede ser asaltada en cualquier tramo de su enunciación para otra propuesta. Sabemos que "en el discurso jurídico se juega la correlación de fuerzas entre las fracciones en lucha por el poder"<sup>863</sup>, por lo que recordar que estamos en presencia de una verdadera geopolítica del discurso es clave para las pretensiones de des formalizar el derecho, de oponer al despliegue del discurso legal del Estado cualquier alternativa de sentido opuesta, que pueda enfrentar en escenarios concretos ese

---

<sup>859</sup> Braunstein, Néstor. *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis*. Editorial Siglo XXI. México. 1987. Página 144.

<sup>860</sup> Foucault, Michel. *Las Palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 125.

<sup>861</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Página 146.

<sup>862</sup> Foucault, Michel. *Las Palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 87.

<sup>863</sup> Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995. Página 80.



orden de sentido y hacer el enroque de los topois subyacentes respecto de los oficiales, trocando su posición de dominados a hegemonizantes. **Es en la polémica interpretativa y de ejercicios del poder, donde se rescata la pluralidad de discursos sociales que también se denoten a sí mismos como jurídicos diferentes al orden oficial, donde el uso de nuevas y afirmativas formas de decir derecho y derechos donde radica la clave de apropiación de la significación jurídica para una nueva cultura de necesidades, derechos y vinculaciones co-responsables.**

4.- El derecho es una práctica de uso del discurso jurídico.

Los discursos jurídicos son generados, reproducidos o discutidos mediante prácticas concretas, realizadas en instituciones que se establecen para el ejercicio de ese uso y que forman una red de relaciones jurídicas ordenadas por las lógicas que subyacen dentro del sistema teórico/práctico hegemónico del derecho estatal. El derecho es entonces una práctica de uso del discurso jurídico que tiene lugar en órganos del Estado encargados de la producción y aplicación de las normas (parlamento, tribunales), así como en otros complementarios a esa red que aplica y reproduce el orden normativo: reparticiones jurídicas, órganos contralores, fiscalías, aparatos policiales o carcelarios, etc.

Pero además, el derecho es un despliegue de los tópicos discursivos presentes en los espacios sociales y políticos en que se mueven y actúan quienes hacen ese uso del discurso jurídico. Todos los usos del derecho corresponden siempre a prácticas parciales, que operan generando y/o apropiándose de contenidos en función de los intereses políticos que los mueven. Esa práctica, a pesar de ser presentada con pretendida neutralidad, como ocurre desde el discurso lógico formal, es siempre parcialidad que aspira a una totalidad de poder pero que nunca se completa, sino que se acerca a ella en tanto establece hegemonía. Evidentemente, si en su despliegue no encuentra oposición alguna se afirma hasta el paroxismo. Pero en todo despliegue de tejidos y de secuencia de expresión de los discursos y de las prácticas, los intersticios, vacíos y espacios sin ocupar alojan una

posibilidad permanente de ocupación, de sentido, y con ello de afirmación de lo diferente, que al tenerse presente constituye y operacionaliza nuevas estrategias de resistencia y de conquistas.

5.- El derecho tiene lugar tanto en el estado como en la sociedad civil.

EL discurso hegemónico de la modernidad ha señalado que es el Estado el momento fundacional y de ejercicio del derecho en tanto aparato y dispositivo. Sin embargo sabemos que esto ha sido solo una formación histórica originada a partir de las revoluciones burguesas, en que el Estado ha sido el lugar privilegiado del derecho, pero no es el único. La sociología y la antropología jurídica han demostrado que dentro de un mismo espacio geopolítico coexisten muchas veces ordenes normativos diversos que, sin la pretensión de universalidad del ordenamiento estatal, operan y producen efectos concretos y palpables; y que son a veces paralelos, a veces funcionales, a veces destructivos o confrontacionales con la legalidad del Estado. Ocurre así con modelos estatutarios, como son aquellos que generan y aplican las iglesias, los poderes económicos para regular sus relaciones de intercambio, las mafias locales, las tribus urbanas, las comunidades no dominadas completamente por el orden dominante del Estado, etc.

Si ni siquiera dentro del modelo estatal de juridicidad el monismo es absoluto, la posibilidad de expresión de un derecho comunitario, colectivo y emancipador constituye una articulación por rescatar, revalorizar y emancipar, confiriéndole un estatus de saber/verdad que la exprese y la refuerce. El cerco del Estado a las soberanías colectivas infla y trans-estatales y a las subjetividades no contractuales puede ser roto y recreado si se tiene esto presente, si se advierte que "Contrariamente al insuficiente paradigma estatal dominante, representado por el dogmatismo jurídico convencional, el Derecho Comunitario, por estar inserto en prácticas sociales plurales, de las cuales es producto, trasciende a los órganos

estatales, emergiendo de varios y diversos centros de producción normativa y adquiriendo un carácter múltiple y heterogéneo"<sup>864</sup>.

6.- El sujeto jurídico admite la posibilidad de sujetos individuales y colectivos miembros de una comunidad.

Contra la razón formal pura podemos afirmar que la no es la voluntad racional y abstracta la que da origen a la relación y al acto jurídico, ni que es el contrato el único instrumento que permite el intercambio de bienes; ni que el derecho de propiedad es sagrado. Estos elementos son prolongación y justificación ideológica para constreñir al sujeto de derecho a un proyecto específico, donde "la libertad que permite la autonomía del sujeto, su autodeterminación, sin la cual no puede entrar en relación con los otros; la igualdad, base del intercambio; y la propiedad, sin la cual no podría afirmarse como titular de la mercancía fuerza de trabajo que habrá de enajenar"<sup>865</sup>.

En la cultura jurídica liberal-burguesa la categoría de sujeto ha sido falseada, desdibujando en los enunciados lógico-formales de los ordenamientos abstractos a los sujetos reales y sus relaciones. Se ha descrito la actividad del propietario contratante, legal y formalmente libre e igual, como el modelo de subjetividad y de subjetivización de las relaciones sociales. La construcción del sujeto de derecho se ha hecho sobre la base de su fetichización, " en que las relaciones sociales aparecen como relaciones entre cosas"<sup>866</sup>, y por ende éstas a su vez son reducidas a relaciones de intercambio, transferencia o transmisión patrimonial, de manera que fuera de ese modo de re-producción el sujeto carece de sentido y hasta de

---

<sup>864</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Editora Alfa-Omega. Sao Paulo. 194. Introducción. Página XVI.

<sup>865</sup> Moncayo, Víctor. *Sobre la naturaleza del derecho como forma social de dominación. Jurimprudencias. Lecturas del Otro Derecho N°1*. ILSA. Bogotá. 1990. Página 17.

<sup>866</sup> Moncayo, Víctor. Obra citada. Página. 17.

existencia jurídica. Por eso es que la irrupción de comunidades y colectivos nunca encuentra respuesta en el modelo liberal normativista.

Sin embargo al hablar de juridicidad en sentido amplio, la irrupción de otros sujetos se vuelve imprescindible. Pero tal como sabemos que históricamente ha ocurrido, todo sujeto requiere no solo pensarse sino afirmarse a sí mismo como realidad y como posibilidad de poder. "Fuera del discurso que lo propone y lo impone como sujeto de la enunciación, nada podría saberse sobre él."<sup>867</sup> El sujeto no es posible fuera de la estructura que lo propone y que aún a su pesar, lo prefigura, pero por lo mismo requiere constitución de su voluntad de poder y ejercer prácticas y discursos de experiencia e intercambio que lo revelen rompiendo con la individualidad egoísta del sujeto liberal y ejerciendo relaciones político jurídicas de interacción más que de intercambio. En ese intercambio discursivo de constitución de individualidad, el sujeto puede ser organizado "desde una estructura simbólica transindividual, desde el Otro, que define y ubica al sujeto en un sitio de esa secuencia significativa, discursiva"<sup>868</sup> y potenciarse en una totalidad mayor, que se pretenda comprensiva de la multiplicidad de esferas del individuo/a, significando cada una de ellas también como jurídicas.

Planteado de esta manera, el concepto de sujeto admite una reescritura permanente. Las necesidades y deseos del sujeto en esa red relacional que lo significan se establecen así, no desde una estructura formal predefinida y abstracta, sino que en procesos concretos de asumirse como fuente de su propia regulación y producción de su mismo. El sentido de los sujetos es siempre de ordenación colectiva, tanto en sus derechos - que significan deseos de satisfacción de necesidades - como en las relaciones que establece, siempre plurales y nunca binominales como en las formas de reciprocidad simple del contrato de compraventa. **El sujeto de derecho es entonces múltiple, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo; y la categoría clave de una propuesta jurídica no liberal pasa a ser entonces el reconocimiento y consagración de sujetos de derechos; así, ambos conceptos en plural.**

---

<sup>867</sup> Braunstein, Nestor. *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis*. Editorial Siglo XXI. México. 1987. Página 92.

<sup>868</sup> Braunstein, Néstor. Op. cit. Página 108.

7.- Las prácticas jurídicas se desarrollan tanto en los espacios institucionales, comunitarios como personales.

Si el lugar de producción y ejercicio del derecho se ha multiplicado y liberado de la exclusividad estatal, y por otro lado el agente de las relaciones jurídicas ha adquirido un carácter plural, la consecuencia de ello no puede ser sino una ampliación también de los espacios en que se concretiza la práctica del derecho. El derecho como practica social tiene lugar entonces tanto en la institucionalidad del estado como en los espacios de desarrollo comunitario en que se relacionan esos individuo/as fuera del Estado, pero también en las relaciones microfísicas donde en definitiva se produce lo social, se ejercita una cierta forma de práctica que marcará el carácter del poder social que se construye y donde se verifica la definición y encuentro cara a cara con el otro que define al yo propio. En cada uno de estos tres espacios ínter compenetrados y retroalimentándose, la práctica jurídica es, a fin de cuentas, una práctica personal que se potencia en la medida que adquiere voluntad y operacionalización colectiva.

Todas las luchas sociales por la dignidad y los derechos enseñan que mientras más completa y compleja es la articulación de los actores personales, comunitarios e institucionales, en acción en los espacios locales, nacionales y globales, la posibilidad de construir nuevas relaciones sociales adquiere potencias que la fragmentación contractual no permiten. Satisfacer las necesidades de forma sinérgica requiere cambios de relaciones de poder, y ello solo es posible en una afirmación y articulación plural de los sujetos y sus potencias.

8.- Las funciones del derecho son siempre definidas desde lo político.

Por lo tanto, si el derecho tiene que ver con el poder, si en y con él se verifican disposiciones estratégicas de intereses, valores e ideologías, y es en base a ello que se le hace cumplir funciones distintas y simultáneas en los aspectos normativos, formal/procedimental, semiológicas, de transmisión ideológica y demarcación ontológica, de acuerdo al despliegue que esas estrategias de construcción social han definido, el derecho no es ya una simple herramienta al servicio de cualquier política, sino que es la expresión formal de la política misma.

**De modo que cada estrategia política, material e ideológica, formulará su propio sistema de derecho, funcional a sus objetivos.**

9.- La pluralidad es la base de todo otro hacer juridicidad.

Podemos finalmente extraer del centro del debate jurídico que planteó la Crítica Jurídica la afirmación de que el derecho admite una formulación teórica y práctica amplia, comprensiva de sus distintos elementos y no sólo los normativos. El derecho es mucho más que la norma formalizada y el poder monista que la genera. Es precisamente esa pluralidad que lo constituye la que permite que sobre él puede ser desarrollada una actividad teórica que se pretende científica, y que se plantea una serie de meta discursos, generales y parciales, que afectan a todos o algunos de los elementos integradores y conformantes del fenómeno.

Las bases para una reconstrucción de la juridicidad dicen con la posibilidad de constituir a la pluralidad y a la diversidad en pilares fundamentales de toda cultura jurídica. Sin pluralismo jurídico ni diversidad en los procesos culturales, la prisión monista intentará seguir imponiendo el control sobre la realidad material no sólo recreando el centralismo sino, por tratarse de un instrumental teórico y práctico de reducción de complejidad que cada vez es capaz de menos respuestas de orden y cohesión social por su mera discursividad, acentuará el control represivo sobre los sujetos, disolviendo definitivamente la promesa de un orden que proponiendo libertad, igualdad y fraternidad iba a producir el bien común.

En el monismo y la reducción de la realidad al pensamiento abstracto no es posible, y nunca lo fue, la cohesión social pretendida. No hay bien común sin comunidad. No existe un orden sino un reordenamiento permanente de los elementos del sistema ya sea para su conservación o para su transformación. Construir proyectos jurídicos plurales y de promoción y producción –no solo aceptación – de la diversidad requiere romper con un pilar fundamental del llamado Estado de Derecho: **no hay verdadera comunidad jurídica en tanto el eje de los derechos sea la igualdad ante la ley.**

Capturar esa ruptura es la tarea político jurídica de la generación que viene.

## DERECHOS HUMANOS, ETICA DE APERTURA Y FINALISMO: CONTRA LA MITOJURÍDICA DEL PRIMATE Y DE LA ÚLTIMA FRONTERA.

“¿Qué es el hombre y qué diferencia hay entre él y las demás plantas, entre él y los demás animales de la naturaleza? Ninguna probablemente.”

(Marques de Sade).

How many years can a mountain exist

Before it's washed to the sea?

Yes, 'n' how many years can some people exist

Before they're allowed to be free?

Yes, 'n' how many times can a man turn his head,

Pretending he just doesn't see?

The answer, my friend, is blowin' in the wind,

The answer is blowin' in the wind.

( Bob Dylan)<sup>869</sup>

### La cuestión humana.

A sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 la página Web oficial de la Organización de las Naciones Unidas creada al efecto<sup>870</sup> para acoger un año completo de actividades tiene algo de extraña, oscila entre el sepia antiguo de las fotos y el color de sus artículos; algo de ingenua y de eufórica por la fecha, una oscilación entre la conmemoración y la celebración de la Carta de derechos Humanos y los mensajes de las personalidades y el recuerdo de los próceres que dieron lugar a ella. Extraño, y reitero el término, en un doble sentido: rara y extranjera, como no formando parte de algo y sin embargo constituyéndose en

---

<sup>869</sup> ¿Cuántos años puede existir una montaña/antes de ser arrastrada al mar? /¿Cuántos años puede vivir alguna gente /antes de que se les permita ser libres?/¿Cuántas veces puede un hombre volver la cabeza/pretendiendo ver lo que no ve?/ la respuesta mi amigo está soplando en el viento. (Bob Dylan)

<sup>870</sup> <http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2007/> visita 02 de diciembre de 2008.



una imagen especular de algo que no alcanza a ser representado completamente. Rara por la singularidad de su presentación, ajena porque resulta completamente diferente de otras páginas también institucionales o de ONG o grupos sociales que, sobre la materia, efectúan denuncias y campañas.

Mientras la página del *Día de los Derechos Humanos* contiene una serie de fotos de gente elegante y sonriente, la de Human Rights Watch<sup>871</sup> muestra una foto de un niño negro afectado por una bomba de racimo y noticias sobre violaciones a los derechos y campañas; la de Amnistía Internacional<sup>872</sup> una serie de fotos a color de campañas contra la tortura, el hambre, atentados con bombas. Otras como la de la campaña chilena contra la represión policial “*alto ahí*”<sup>873</sup> contiene fotografías de ciudadanos detenidos en manifestaciones y abusados por la policía de un gobierno democráticamente electo, mientras que la ONG Organización Mundial contra la Tortura (OMCT)<sup>874</sup> contiene una serie de campañas urgentes contra la tortura y la integridad física de personas en diversas partes del mundo, en países como Colombia por los asesinatos de niños y sindicalistas, o en España, a propósito de las alarmantes cifras de violencia contra la mujer. Las diferencias no son solo estéticas, sino sobre todo de sentidos y de énfasis. Mientras las segundas se centran en las violaciones de personas o grupos y en la necesidad de trabajar en campañas a favor de éstos, la página oficial conmemora más que los Derechos Humanos, la declaración de 1948, señalando que “*La Declaración pertenece a todos y cada uno de nosotros: corresponde ahora leerla, estudiarla, promoverla y reivindicarla como nuestra*”. Así, todo en abstracto.

Lo que hay allí es no solo un ejemplo de acercamientos distintos al problema, sino una fractura profunda de mirada sobre la realidad y sobre el discurso de los Derechos Humanos. Entre la comprensión institucional de los Derechos Humanos como una característica de la evolución de la humanidad, que pretende que - pese a

---

<sup>871</sup> <http://www.hrw.org/es> visita 02 de diciembre de 2008.

<sup>872</sup> <http://www.amnesty.org/es> visita 02 de diciembre de 2008.

<sup>873</sup> <http://www.altoahi.cl/> visita 02 de diciembre de 2008

<sup>874</sup> <http://www.omct.org/index.php?&lang=es> visita 02 de diciembre de 2008.

las cada vez más masivas y violentas vulneraciones de la integridad corporal, psíquica y moral de los humanos concretos – debe privilegiarse ese enfoque de lo declarativo como sinónimo de cúspide de la civilización y realización de un destino fecundo, frente a la realidad aplastante de las luchas concretas y próximas de personas directas en violaciones de derechos humanos hay un salto diferencial aplastante. Se origina así una situación que es denunciada, por ejemplo por Joaquín Herrera Flores cuando escribe que hay un abismo paradójico entre “la proliferación de textos y conferencias sobre los derechos y, a la vez, profundización en las desigualdades e injusticias”<sup>875</sup> y que ese desajuste no es un problema de instrumentalidad sino de la racionalidad con base en la ideología liberal dominante sobre la materia.

Mientras que para algunos la cuestión se trata de la atribución de derechos que reside “en que el hombre es un ser dotados de razón libre y libre voluntad, que posee un fin propio (por lo que) la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa en la dignidad y en el fin trascendente de ella”<sup>876</sup>, estableciendo una argumentación tautológica pero vacía de lo que son éstos derechos<sup>877</sup>; otros autores, pasando de la discusión entre positivismo y iusnaturalismo, entre esencialismo y contractualismo, se centran en la existencia de los tratados de derechos humanos como esfuerzo civilizacional que constituyen, a partir de su existencia y universalización en un conjunto de “*obligaciones de carácter esencialmente objetivo*, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes”<sup>878</sup>. Para otros, sin desconocer estas posibilidades prácticas frente a los abusos, intentando plantear una discusión mucho más radical sobre el punto, el

---

<sup>875</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Editorial Descleé de Brouwer. Bilbao. 2000. Página 47.

<sup>876</sup> Pacheco, Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990. Página 154.

<sup>877</sup> El mismo Máximo Pacheco al final del capítulo de su libro denominado “Sobre los Derechos de la Persona Humana” incluye un cuestionario de trabajo sobre el tema (página 187) que comienza con la pregunta ¿Que son los derechos de la persona humana? sin que en el capítulo entregue una respuesta, por lo que solo cabe volver a que es una característica propia o a algo inherente, sin que se intente siquiera determinar que son.

<sup>878</sup> Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006. Página 24.

problema de los DDHH tiene que ver con la producción misma de lo humano, en tanto producto cultural, político o relacional.

En su libro *Lo Abierto*, Giorgio Agamben plantea una cuestión de fondo, que revela como la pretendida universalidad de lo humano, si acaso es ello posible, aún está por establecerse. Al respecto escribe:

*“En nuestra cultura, el hombre ha sido siempre pensado como la articulación y la conjunción de un cuerpo y de un alma, de un viviente y de un logos, de un elemento natural (o animal) y de un elemento sobrenatural, social o divino. Tenemos que aprender, en cambio, a pensar el hombre como lo que resulta de la desconexión de estos dos elementos y no investigar el misterio metafísico de la conjunción, sino el misterio práctico y político de la separación. ¿Qué es el hombre, si siempre es el lugar – y, al mismo tiempo, el resultado- de las divisiones y cesuras incesantes? Trabajar sobre estas divisiones, preguntarse de qué modo –en el hombre- el hombre ha sido separado del no-hombre y el animal de lo humano es más urgente que tomar posición acerca de las grandes cuestiones, acerca de los denominados valores y derechos humanos”<sup>879</sup>.*

Precisamente allí, en esa cuestión anterior, no en el sentido lineal del orden sino de lo que se encuentra en el intersticio de constitución de la antropología moderna es que radica el punto central de la cuestión política y jurídica de aquello que llamamos *humanidad*. Lo demás deviene en valores y técnicas, en ejercicios y tácticas, en estrategia de dominación por denominación.

A partir de trazar una disyuntiva entre naturaleza y humanidad, entre animal y humano, en una compleja descripción de taxonomías y morfologías, ordenadas categorialmente por la necesidad de establecer políticas de control de lo vivo, el *hombre* puede ser decidido y producido en una antropología que incluye su valor de uso y su valor de cambio. Entonces, el primer punto de importancia de establecer lo humano radica en el juego de la semejanza y de la diferencia, como claves de inclusión y exclusión de un proyecto. Existen al respecto ejemplos más o menos evidentes sobre esta demarcación, desde los zoológicos humanos del Jardín de Aclimatación de París de la década de 1880 hasta, pasando por Auschwitz, los

---

<sup>879</sup> Agamben, Giorgio. *Lo Abierto*. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2006. Página 35.

campos de concentración de la dictadura de Pinochet o la Base Naval Norteamericana de Guantánamo convertida en centro internacional de detención y tortura, parecen recordarnos en forma permanente lo frágil y esquivo de la disyunción que se propone, de manera que “Tal vez también los campos de concentración y de exterminio sean un experimento de éste género, una tentativa extrema y monstruosa de decidir entre lo humano y lo inhumano, que terminó involucrando en su ruina la posibilidad misma de la distinción”<sup>880</sup>. La base de separación del simio de lo humano, abre la puerta de una antropología de la exclusión de lo no universal que se representa en el hombre blanco, europeo, heterosexual y propietario.

Como bien lo han destacado los estudios feministas y de género, la razón moderna al construir la identidad social en base a la de un sujeto-ciudadano referido a una definición masculina del hombre genérico, estableció en definitiva no una identidad de especie, sino un parámetro de determinación y medición del modelo de sociedad patriarcal y capitalista que el liberalismo propugnaba. Mientras que hasta el siglo XVIII “los seres naturales formaban un conjunto continuo porque eran seres y no había razón alguna para la interrupción de su despliegue”<sup>881</sup>, la irrupción de la historicidad de las acciones y de la historia posible de las acumulaciones, abre la puerta para este mito moderno de la humanidad y del hombre como una doble articulación de lo semejante y de lo universal, y por lo mismo de su anverso excluido, lo idéntico y particular. El rompimiento de la unidad política de la monarquía requería la irrupción de la individualidad ciudadana y propietaria.

Siguiendo a Foucault, vale la pena al respecto preguntarse por que antes del siglo XVIII el hombre no existía, y el cómo y por que surge, precisamente, a partir de esa diferencia, con su cogito, su historicidad y su comprensión de la finitud como partición de lo real en una infinidad de partes cognoscibles, ordenables, poseíbles. La pregunta acerca del por qué el hombre y su proyecto comienzan “a partir del (umbral) del cual reconocemos nuestra modernidad, el día en que la finitud fue

---

<sup>880</sup> Agamben, Giorgio. Op. cit. Página 49.

<sup>881</sup> Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 266.

pensada en una referencia interminable consigo misma”<sup>882</sup>, que posibilita la formalización del pensamiento en sus unidades y sus universalidades, en un ser que ya no es ser vivo dentro de un orden sino el instituyente de un orden de la producción y la positivación de sí mismo, de su saber y su dominio. Precisamente porque la historia de lo humano dice relación con esa modernidad viene a constituir un nuevo orden de posibilidades que, usando este nuevo lenguaje del saber finito del hombre, su trabajo, su producción y su apropiación, permitirá la superación de una época y la constitución de un nuevo mito jurídico y político dominante hasta hoy: el sujeto jurídico y la ciudadanía.

Al asumir no ya el mito de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un gran salto hacia la humanización de las relaciones sociales, sino entendiendo que “las ideas de la Revolución Francesa no nacieron para generalizar la justicia social, sino para construir un orden burgués incipiente que se oponía a las servidumbres del Antiguo Régimen representado por las monarquías absolutas del siglo anterior”<sup>883</sup> al siglo XVIII, es posible entender que en verdad “la idea liberal de ciudadanía partió de una definición de los seres humanos como agentes autónomos y racionales, cuya existencia y cuyos intereses son antológicamente previos a la sociedad. Con eso, las necesidades y capacidades de los individuos son concebidas como si fuesen independientes de cualquier condición social o política inmediata, Lo que cuenta es que entendamos a los seres humanos como individuos racionales, con su propio valor intrínseco”<sup>884</sup>.

Desmitificando la euforia que la mención de la humanidad y los Derechos Humanos pueden producir como sentimiento de civilización y hasta de cierto progresismo, es posible captar de mejor manera los límites de la antropología liberal burguesa que origina la historia de los derechos del hombre y del ciudadano, sus exclusiones, así como las posibilidad de construir soluciones de juridicidad que

---

<sup>882</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 309.

<sup>883</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página 31.

<sup>884</sup> Rodrigues de Oliveira, Rosa María. *A crítica feminista sobre o androcentrismo na ciência jurídica*. En *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. N° 23. Unibrasil. 2004. Página 201.

vayan más allá de los derechos políticos y económicos que -en su constitución- se escribieron para un tipo de sujeto determinado y no para todos o cualquiera. Sin ésta claridad no es posible hacer una verdadera historia de los Derechos Humanos que considere las líneas de continuidad y de diferencia entre la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como tampoco dejar de señalar que en la humanidad no se incluía a las mujeres, como lo demuestra el que Olympia de Gouges haya debido escribir su Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana para exponer que *La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos, Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común*<sup>885</sup> y que esa y otras disidencias le costasen literalmente la cabeza en 1793. Sin considerar esas características específicas de la verdadera historia de los Derechos Humanos, lo que en verdad se esgrime es una mistificación de intenciones y voluntades.

Como bien lo describe Pietro Barcellona, “En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad de propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna”<sup>886</sup>. Toda la lógica de Construcción de las instituciones económicas y jurídicas, así como del manifiesto constituyente de la ideología liberal burguesa que es la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano descansa sobre esa lógica posesiva que es el núcleo de la antropología liberal capitalista, de manera que si se trata de buscar al verdadero sujeto de esos derechos, de acuerdo con lo que expresaría mas tarde Hegel, la persona es aquella que es propietaria<sup>887</sup>. Solo en medio de ese proyecto puede entenderse la paradoja de la modernidad que transita como proyecto para su sujeto entre la universalidad y la particularidad, y que posee “la capacidad de pensar la universalidad como abstracción, como orden construido, a partir de una concepción del hombre como individuo privado y aislado”<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> <http://nomadant.wordpress.com/textos/textos/derechos-mujer/> Visita 08 de Diciembre del 2008.

<sup>886</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 90.

<sup>887</sup> “La persona para existir como idea, tiene que darse para su libertad una esfera exterior”, “Lo inmediatamente distinto del espíritu libre es para él y en sí lo exterior en general, una cosa, algo carente de libertad, de personalidad, de derecho”. (parágrafos 41 y 42). Hegel, Friedrich. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 125.

<sup>888</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta. Madrid. 1996. Página 123.

Lo anterior hace evidente que los *derechos del hombre y el ciudadano*, devenidos en derechos humanos, no eran ni universales, ni generales ni incluyentes. De hecho, si se mira desde ésta perspectiva, puede apreciarse que el mito de las generaciones de Derechos Humanos admite dos lecturas bien diversas: una ingenuamente progresista, que hace de estas nuevas formulaciones estatutarias de derechos parciales avances progresivos de la calidad de los derechos que se consignan, los mecanismos de protección y la extensión del alcance de especialidad y optimización de estos a nuevos grupos y colectivos de personas; otra lectura crítica, que hace la demostración palmaria de la insuficiencia de alcance del concepto original de Derechos Humanos, no ya de la Declaración de 1789, sino de la misma de 1948, que no estaba destinada ni a todos/as los humanos/as ni a todos los pueblos. De hecho toda la promoción de los llamados Derechos Humanos de Tercera Generación ha sido precisamente promovida por aquellos que no se encontraban de suyo incorporados, denominados como minorías, grupos discriminados, nuevos sujetos de derecho o pueblos en desarrollo, quienes han introducido precisamente el debate acerca de la membresía en la sociedad jurídica y su protección al bien común, buscando asegurar respecto de ellos “una concepción del bien común razonable, y asegurarles los bienes y oportunidades que ellos necesitan para poder formar parte de la sociedad política. Los reclamos en pos de los derechos humanos, entonces, vienen a identificar los bienes y oportunidades que son socialmente importantes en razón de ser requeridos para la membresía (y que, en todo caso, no son proveídos naturalmente)”<sup>889</sup>.

De hecho, por mucha alusión a la igualdad formal de los sujetos destinatarios, como lo denunciaron el marxismo, el anarquismo y el obrerismo primero, las perspectivas antropológicas, sociológicas de grupos humanos subordinados y ciertas vertientes de la criminología posteriormente, pero sobre todo desde los estudios feministas de las relaciones entre sujetos atravesados por las formaciones culturales de roles y papeles, lo que hace imposible -e impensable- dentro del mismo discurso esa posible igualdad de origen, es sobre todo el patrón de medición utilizado para la

---

<sup>889</sup> Cohen, Joshua. *¿Sufrir en silencio?.* En *El derecho a resistir el derecho*. Miño y Dávila srl. Buenos Aires. 2005. Página 83.

elaboración de todo el orden jurídico y de ratio sobre el que se construyó este discurso de juridicidad ambigua que son los Derechos Humanos. Incluso la corrección legal de esas diferencias formales en su reemplazo por sujetos de especial protección jurídica, que opera en realidad en la esfera de las garantías y no de los derechos, si bien corrige de cierta forma la distorsión sobre la realidad de la mera enunciación formal de la igualdad, mantiene intacto el paradigma dominante, toda vez que “con base en la ideología androcéntrica o *paradigma de lo masculino* como determinante de lo que sería la igualdad o la diferencia. Ocurre que el sexo biológico se define justamente por las mútuas diferencias, y no por la desemejanzas de las mujeres en relación con los hombres”<sup>890</sup>, o de los niños, las demás etnias no occidentales o las discapacidades físicas respecto del mismo patrón ideal del hombre racional, blanco, heterosexual, europeo-occidental y cristiano. Esas diferencias generan en definitiva no sólo desigualdades sino diferencias de tratamiento que, forzando el modelo original del dispositivo jurídico, exige permanentemente atención sobre estas anomalías.

La aparición de desniveles, sistemas y expresiones de diversidad de lo humano obliga necesariamente a revisar, a repasar los conceptos históricos que dan origen a la declaración de 1789, es decir la igualdad y la libertad, de manera que se establezca holísticamente que se trata de dos caras de una misma cuestión, la de la participación en el patrón-modelo de distinción y decisión, no olvidando que hablar de igualdad “es hacerlo de libertad y viceversa, asumiendo que por igualdad y libertad hay que entender algo más complejo que la reducción de la igualdad a igualdad ante la ley y de la libertad, a la autonomía del individuo”<sup>891</sup>. Pero obliga también a revisar las perspectivas sobre la historia de los derechos humanos que se ha contado, poniendo el acento no ya en el texto de lo escrito, sino en los contextos y subtextos de esas declaraciones, en los sujetos presentes y ausentes de las declaraciones, en las voces y en los silencios que se esconden.

---

<sup>890</sup> Rodrigues de Oliveira, Rosa María. *A crítica feminista sobre o androcentrismo na ciência jurídica*. En *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. N° 23. Unibrasil. 2004. Página 231. En el original: “com base na ideologia androcentrica, o paradigma do masculino como determinante do que seja igualdade ou diferenca. Ocorre que o sexo biológico define-se justamente pelas mútuas diferenca, e nao pela desemeilhança das mulheres em relação aos homens”.

<sup>891</sup> Herrera Flores, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2005. Página 56.



Sin recordar permanentemente que la lucha por los derechos humanos ha tenido relación más de las veces con la ineficacia instrumental del discurso y del instrumental jurídico-legal frente a los sufrimientos de los grupos humanos, no es posible hacer historia ni análisis sino profesión de fe en una simbología de neutralidad y progreso en verdad infundada. Mientras desde los grupos oficiales e institucionalizados que hablan de derechos humanos se continúe pensando que “los derechos humanos son universales desde el punto de vista moral y jurídico, y olvidan que los derechos humanos no son y están ya dados, sino que se **hacen** o **deshacen** universales todos los días en un clima permanente de incertidumbre y conflicto”<sup>892</sup>, toda historia que se cuente se asemeja más bien a una historia de las mitologías y las religiones no de las relaciones sociales que originaron las contradicciones entre los enunciados y las luchas que apelan a los derechos humanos. De ésta forma, sigue sin discutirse y descorrerse la cortina acerca de quien tiene el poder para la determinación de la línea de los derechos y de la humanidad.

### **Del mito a la historicidad: declaraciones, generaciones y garantías.**

La historia de los Derechos Humanos respira el mismo material que los mitos modernos del progreso, la ciencia, del Estado de Derecho. Constituye a la vez una fase del proceso político cultural de occidente, un ícono de lo que se pretende es el progreso civilizacional de la modernidad occidental, pero encierra además, como aquellos otros, una serie de promesas atemporales y no contextuales de futuro de la humanidad. Se presentan no sólo como el resultado de un proceso histórico político determinado, sino que se propone como si se tratase de un punto cúlmine de civilización, que en adelante requiere solo aplicación de sus estatutos para la ejecución de ese punto cúlmine de la razón. Pero además, elevando el punto de

---

<sup>892</sup> Sánchez Rubio, David. *Ciencia ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos*. En *Irrompendo no real. Escritos de teoría crítica dos directos humanos*. Varios Autores. Educat. Editorial da Universidade Católica de Pelotas. Pelotas. 2005. Página 159.

vista de la normativización de los Derechos Humanos en cartas de derechos, que en verdad mezclan derechos y garantías, se instituye un procedimiento de retrospectiva histórica, o una suerte de descubrimientos geológico-jurídicos acerca de los antecedentes ancestrales de estos derechos y garantías.

De allí precisamente que se tienda a colocar por algunos la declaración de 1789 en la línea de desarrollo de la actual idea de los derechos humanos. Asumiendo una postura intelectual que prescinde de las coordenadas históricas, que pretende analizar con la mirada actual hechos del pasado, analizándolos con los mismos parámetros de pensamiento actuales como si nunca éstos hubiesen sufrido mutaciones trastoca e invierte la historia. Se olvida que “la ciencia es un proceso histórico complejo o heterogeneo que abarca anticipaciones vagas e inoherentes de futuras ideologías codo a codo con sistemas teóricos muy sofisticados y formas petrificadas de pensamiento”<sup>893</sup>, lo que excluye modelos puros y a-históricos de análisis, de manera que pretender mirar -desde éste momento- hechos históricos sin discernir que el análisis que se hace puede intentar valorar desde el ahora pero que debe observar desde una optica que no es la actual, eludiendo el que no existe línea continua entre sucesos históricos y el hoy, sino saltos de aproximación pero no continuidad. Una historiografía meramente lineal es un análisis que en definitiva falsea no solo esa línea de continuidad sino el campo completo de visión, y simenta su saber sobre mitos no sobre hechos históricos. Se trata de un movimiento que va de los medios de masas a los textos de formación de futuros abogados<sup>894</sup>.

Conviene tener presente lo anterior al momento de analizar la historia del concepto de los derechos humanos y entender como, quien pretende ligarlos a otros hechos anteriores, más que buscar antecedentes de surgimiento de experiencias, lo que intenta es imponer un proyecto ideológico que mistifique los procesos de entonces y los actuales, no atendiendo a las contradicciones políticas y materiales realmente existentes, opacando lo real. Así como también, desde un punto de vista

---

<sup>893</sup> Feyerabend, Paul. *Tratado contra el método*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2000. Página 133.

<sup>894</sup> Así por ejemplo, en la publicación de periodicidad anual llamada *Almanaque Mundial*, que se edita para América Latina, que contiene datos de actualización anual sobre los países del globo, el hablar de Francia se señala que tras la Revolución Francesa al instaurarse la Asamblea Nacional, se promulgó la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano. *Almanaque Mundial 2009*. Editorial Televisa. Santiago de Chile. 2008. Página 474.

del discurso jurídico propio, la confusión de derechos humanos con garantías frente al poder reduce su horizonte al punto máximo del garantismo militante, que no obstante su compromiso, mantiene la racionalidad de la juridicidad en el plano de la judicialización y la mediación de los sujetos. Analizar las racionalidades tras los planteamientos expone los límites de operabilidad de éstos.

Así por ejemplo el tratadista chileno Maximo Pacheco, en su libro sobre Teoría del Derecho, formula como tesis el que los derechos fundamentales de la persona humana encuentran sus antecedentes en las culturas hispánica, anglosajona y francesa<sup>895</sup>. Ejemplifica señalando como en los concilios de Toledo de los años 636, 638 y 653 se originaron una serie de leyes que otorgaron protección a los derechos de libertad y propiedad, así como más tarde la denominada Carta Magna Leonesa consagró además de estas, garantías procesales como la inviolabilidad del domicilio. En el derecho inglés, la Carta Magna de 1215 reconocieron frente al monarca una serie de garantías individuales y límites al poder, de los cuales van a desprenderse una serie de instituciones que confunden la soberanía del poder con la expresión de voluntades más generales, tales como la petición de derechos, el habeas corpus, la división de poderes; o el acta de independencia norteamericana que enuncia la limitación de poderes y el poder de rebelión, así como libertades que denomina esenciales; o el Derecho Francés que origina la Declaración de 1789.

Por otro lado, el también chileno José Galiano, uno de los abogados de derechos humanos durante la dictadura de Pinochet, en su obra *Derechos Humanos. Teoría, Historia, Vigencia y Legislación*<sup>896</sup>, va en su análisis histórico incluso un poco más lejos, imaginando una verdadera evolución de los derechos humanos en lo que denomina las grandes etapas de la historia. Señala que ya en la Biblia, en los primeros versículos del Génesis, es posible encontrar antecedentes que radican en la prohibición de no matar, en los continuos señalamientos proféticos contra el abuso de la autoridad y en favor de la libertad, de manera tal que es en los Diez Mandamientos donde “surgen las primeras expresiones del honor, la libertad

---

<sup>895</sup> Pacheco, Máximo. *Teoría General del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1990. Páginas 153-158.

<sup>896</sup> Galiano, José. *Derechos Humanos. Teoría, Historia, Vigencia y Legislación*. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 1996.

espiritual, la dignidad y la propiedad”<sup>897</sup>. De la misma forma indica que en los antiguos textos egipcios –el Libro de los Muertos por ejemplo- como en la antigua cultura griega, especialmente en la filosofía estoica, se constituyó la idea de la *humanitas*, es decir la idea de la existencia de una “Sociedad en la que el elemento constitutivo es la totalidad del género humano, sometido al *ius gentium* como norma”<sup>898</sup>. A partir de allí y citando diversas fuentes y autores, hace un recorrido por Roma y la defensa de los hombres libres, el cristianismo romano, post romano y medieval que fundado en el *Ama a tu prójimo como a ti mismo* habría hecho prevalecer los derechos a la libertad, dignidad personal e integridad familiar, la cultura y la educación. De la misma forma, en San Agustín, en la Orden Benedictina, en el Islam de Mahoma, en las Cartas Medievales de Inglaterra, en los actos legislativos de los Reyes Católicos, tales como la Carta Pragmática sobre Libertad de Residencia de Valladolid de 1480; o el edicto de Nantes sobre libertad de conciencia y culto, las cartas y declaraciones de derechos y garantías de Francia y Estados Unidos, o las reclamaciones de los protectores de indígenas durante la conquista y colonia en Iberoamérica, con Bartolomé de las Casas, las Leyes de Indias, el Tratado de Viena de la época napoleónica, los movimientos liberales del siglo XIX, el pensamiento socialista y obrerista, el derecho humanitario, hasta llegar a la Declaración de 1948; todos esos serían antecedentes necesarios y lineales de los actuales derechos humanos. De pronto la historia del Derecho y la historia misma, son la historia de los Derechos Humanos. En una recopilación arqueológica, no en el sentido foucaultiano sino en su sentido disciplinar, todo rastro documental de la historia se convierte en un antecedente eventual de los actuales derechos humanos. Simplemente parece demasiado.

En otro texto disponible también en Chile sobre reflexiones acerca de los derechos humanos, surgido del CODEPU, Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo, publicado el año 1992, buscando dejar por escrito los fundamentos de su historia de lucha y defensa de los derechos humanos durante la dictadura de Pinochet, se desarrolla por éste organismo también una fundamentación en la historia, tanto en la propia como en la nacional y universal. A la vez que manifiestan

---

<sup>897</sup> Galiano, José. Op. cit. Tomo I. Página 128.

<sup>898</sup> Galiano, José. Op. cit. Tomo I. Página 129.

su opción política frente a la institucionalización de la dictadura chilena, establecían que la lucha por los derechos humanos era, más que un asunto coyuntural, un asunto estratégico, “vinculada a lo más permanente y esencial de un proyecto de liberación y de construcción de una nueva sociedad”<sup>899</sup>. Reconocen que comprender los derechos humanos implica situarse más allá de las abstracciones o un simple recurso a principios y valores, sino que se precisa “explicar el proceso histórico y real, del cual el Derecho, los Derechos Humanos, las ideas y la cultura forman parte”<sup>900</sup>; toda vez que el mito del Estado Liberal de Derecho continuamente se ha visto transformado en dictaduras, guerras y estados de opresión, más allá de las consagraciones constitucionales. Ello hizo además necesario el desarrollo de luchas por los derechos económicos y sociales, los que junto a los primeros obligó al surgimiento del Sistema Internacional de los Derechos Humanos a partir de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas conocida como la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948 y sus declaraciones y pactos complementarios, que “exceden y superan con mucho el marco de las primeras declaraciones de derechos (vrg. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, Declaración de Virginia, 1776, etc), apuntando en una dimensión mucho más amplia, integral y solidaria de la dignidad humana y, desde el relevante y práctico punto de vista jurídico, transformó el interés por la Dignidad Humana en un legítimo objeto de la competencia internacional”<sup>901</sup>. Actualizando ciertamente la mirada al punto de vista práctico, señalan que la mirada del Codepu no puede apartarse de la que se sostiene en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, lo que les lleva a señalar que “Entendemos a los Derechos Humanos en cuanto doctrina y normativa como un intento por acordar para todos los seres humanos y por todos los Estados un orden que restrinja y evite los abusos desde el ejercicio del poder público”<sup>902</sup>, y son esos derechos humanos la expresión más evolucionada alcanzada por la Comunidad Internacional, de manera que en ella “priman enunciados de carácter ético y moral acerca de lo que ha sido, es y puede

---

<sup>899</sup> CODEPU. Comité de defensa de los Derechos del Pueblo. *Concepción de Derechos Humanos y Declaración de Principios*. Codepu. Santiago de Chile. 1992. Página 5.

<sup>900</sup> CODEPU. Op. cit. Página 6.

<sup>901</sup> CODEPU. Op. cit. Página 7.

<sup>902</sup> CODEPU. Op. cit. Página 9.

llegar a ser la Humanidad...(toda vez que)... para el conjunto de los pueblos de la tierra, los Derechos Humanos contienen y desarrollan principios, propuestas y normas que pretenden evitar –aunque hasta ahora lo sea más bien nominalmente – los abusos de poder en cualquiera de sus formas que se producen entre las naciones”<sup>903</sup>.

Ese carácter evolutivo que se pretende culmine, marcadamente occidental, etnocéntricamente impositivo, marca las concepciones sobre derechos humanos que incluso se señalan progresistas, que bajo esa noción evolucionista y lineal del tiempo invisibilizan las cotidianeidades para supeditarlas a los sentidos programáticos de las declaraciones de derechos.

Al respecto existe todo un discurso de los derechos humanos que marca su escrituración no como un proceso cultural concreto e histórico, sino que se refiere a ello como surgimiento y/o descubrimiento de generaciones de derechos en evolución y superposición, que, originados en una base primaria e inamovible de los derechos ciudadanos liberales, se presenta como programáticamente en desarrollo, ya que los derechos políticos son requisitos básicos y siempre actuales, en cambio los demás derechos dependerán de los recursos disponibles que siempre la técnica de administración paradigmáticamente situada en la escasez obliga a dosificar. De hecho la preminencia de tal o cual generación constituye en la hermenéutica jurisdiccional del sistema internacional de justicia de derechos humanos uno de los principales campos de debate del último periodo.

Así se supone que el derecho y los estados y sus ordenamientos están en constante proceso de transformación evolutiva para acoger nuevas realidades. Se entiende que “Desde el surgimiento del concepto moderno de los derechos humanos, a fines del siglo XVIII, hasta la fecha, dicho concepto ha ido evolucionando. Ha incorporado nuevos derechos antes no considerados, dando origen a las *generaciones* de derechos humanos, como los han denominado varios

---

<sup>903</sup> CODEPU. Op. cit. Página 10.

autores”<sup>904</sup>, siguiendo la formula incorporada al lenguaje jurídico-político por Karel Vasak en 1978, las que se escalonarían en una primera generación de derechos políticos de la libertad, una segunda de derechos de la igualdad que corresponden a los económicos, sociales y culturales, una tercera a los derechos al desarrollo, la paz, de los consumidores; lo que implica que su “ejercicio efectivo está supeditado a la situación de un pueblo o sociedad, lo que, por consiguiente, solo puede ser garantizado en forma colectiva, es decir, los estados o la comunidad internacional”<sup>905</sup>. Se ha llegado incluso a hablar de la necesidad de una cuarta generación de derechos humanos<sup>906</sup> para los problemas de la sociedad tecnológica y de la comunicación cada vez más difusos y abstractos en tanto se aplica el principio de la especialidad. Una verdadera aporía de juridicidad: Una vez más parece demasiado complicado entender por que al aproximarse a ellos, su realidad material aparece alejarse, así como también la posibilidad de su tutela efectiva.

Se trata ahora mismo de un campo todavía abierto de disputa que se niega a ser asumido plena y consensuadamente por los diversos países que deben concurrir a su aprobación. Como lo expone el profesor Felipe Gómez Isa, en referencia a las llamadas tres generaciones de derechos humanos, dicho término, “el de la generación, que si bien no es del agrado de la mayor parte de la doctrina, se ha asentado en la teoría general de los derechos humanos. Si la libertad dio lugar en un primer momento, a la aparición de los derechos civiles y políticos, la igualdad en cambio, sirvió como principio inspirador para el reconocimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales a finales del siglo XIX y principios de éste siglo. Finalmente, a partir de los años setenta, la fraternidad en su acepción moderna, la solidaridad, dio paso a la pugna por el intento de proclamar los derechos de la tercera generación, proceso que sigue abierto en estos mismos momentos”<sup>907</sup>. Lo anterior ha traído no solo una pugna de interpretaciones, sino

---

<sup>904</sup> Aylwin, José. *Derechos Humanos. Los desafíos para un nuevo contexto*. En *Conflicto, Vida y Derecho*. Forja. Santiago de Chile. 1992. Pagina 11.

<sup>905</sup> Aylwin, José. Op. cit. Página 11.

<sup>906</sup> Ver <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm> visita 27 Diciembre del 2008.

<sup>907</sup> Gómez Isa, Felipe. *El Derecho al desarrollo como derecho humano*. En <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista3/articulos/felipegomez.htm> visita 28 diciembre del 2008.

sobre todo un problema político de seguir postergando siempre los derechos sociales frente a los políticos, que con la preeminencia de la ratio económica los postergó dos veces. “En última instancia, los derechos humanos eran una preocupación solo para ideólogos y juristas, pero en ningún caso para los economistas”<sup>908</sup>. Los resultados de la globalización así lo demuestran, ya que como continuamente lo han señalado los grupos y organizaciones sociales que han intentado asumir sus problemas bajo el discurso de los derechos humanos “El proceso actual y profundizado de la globalización económica es una amenaza para la realización de todos los derechos humanos, en especial los económicos, sociales y culturales”<sup>909</sup>.

De hecho, si se revisan las páginas web oficiales de las Naciones Unidas acerca de los derechos humanos y los mecanismos de protección y la construcción de los sistemas de protección en la lógica del derecho internacional puede apreciarse que se sigue la misma lógica. Se recoge por una parte la historia de estos derechos como una evolución histórica que admite momentos, ya que en vez de hablar de ellos como un todo, continúa usándose la terminología de separarlos en sectores o generaciones. Por otra, se mantiene el convencimiento de que los derechos humanos son una cuestión esencialmente de los estados, lo que alberga una doble cara de significado, ya que señala la necesidad del estado como órgano de protección en base a un mandato positivo, pero por otra parte sigue colocando a los sujetos involucrados en esa ambigua situación jurídica de sujeto/objeto propia de las construcciones liberales monistas del Estado y del Derecho. El siguiente párrafo de la página oficial de las Naciones Unidas para los derechos humanos lo expone claramente<sup>910</sup>:

“El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la

---

<sup>908</sup> Montealegre, Hernán. *Economía y Derechos Humanos*. Separata en *Conflicto, Vida y Derecho*. Forja. Santiago de Chile. 1990. Pagina 5.

<sup>909</sup> Romero, Amanda. *Una revisión de los acuerdos de derechos humanos de Viena 93 desde la perspectiva de las ONG*. En Portavoz, Boletín de los Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y El Caribe. Número 49. ILSA. Bogotá. 1998. Página 7.

<sup>910</sup> <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> visita 31 Diciembre 2008.



Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Redactada como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, en la Declaración, por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger. La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”.

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también ha adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra

individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.”

Frente a todos estos conceptos se hace necesario algún análisis, una pausa en los ribetes de sus señalamientos, para darse cuenta y dar cuenta de los límites que las visiones que hasta ahora se han desarrollado sobre los derechos humanos imponen sobre la realidad también una cierta imposibilidad o limitación a las transformaciones que se requieren para su efectividad. Creer que esas visiones hasta ahora en ejercicio pueden solucionar los nudos de conflictividad es ilusorio, pero sobre todo, alojan el peligro de volverlas ineficaces por ceguera, y eso sería una forma de no homenajear a quienes han abrazado seriamente el asunto de los derechos humanos. Su eficacia y la eficiencia en la operacionalidad de los derechos requieren revisión de los discursos y prácticas.

Efectivamente, tal como lo señalé en capítulos anteriores respecto de la ratio jurídica moderna, en la concepción misma de la juridicidad de los derechos humanos se encuentran, a mi modo de ver, algunos de sus elementos que en definitiva convierten su discursividad en un fenómeno de doble rasero, los que bajo la abstracción del sujeto universal declara la existencia de esencias que sin embargo no dan cuenta de las realidades. Volveremos más tarde sobre éste punto cuando, siguiendo a Joaquín Herrera Flores y su *Teoría Crítica de los Derechos Humanos*, intentemos no solo contrastar las imágenes abstractas y esencialistas de los derechos con las realidades a las que no llegan, sino además abrir perspectivas. Sin embargo, y aun nivel más bien metodológico, me parece imprescindible el discutir aquellas cuestiones que emanan de textos como los mencionados, para establecer como esas líneas de trabajo que intentan fundamentar la existencia y lucha por los derechos humanos adolecen primero de historicidad y segundo de una confusión conceptual que limita su horizonte de trabajo al situar el asunto de los derechos humanos en las garantías y mecanismos de protección más que en los derechos mismos.

En este nivel de la discusión parece imprescindible denunciar el tipo de juego que se nos propone por estas diversas formas de plantear la cuestión de los

derechos humanos. Ya que, como lo esbozamos en el título de ésta sección, se nos propone nuevamente un juego de estrategias, en los cuales las alternativas de multiplicar su comprensión y los instrumentos con los que trabajar por los derechos humanos se disuelven en la mirada dualista binaria del sentido y el monismo de la instrumentalidad. Por una parte se proponen formas de mirar el fenómeno de los derechos humanos que transitan entre el esencialismo abstracto y el historicismo descontextualizado, por la otra se señala nuevamente al mito del progreso como punto de encuentro de esencialismo y realidad. Transitamos así entre el mito del primate y el de la última frontera.

Los derechos humanos entonces se refieren para los iusnaturalistas, religiosos o racionalistas, a una fundamentación en una esencia de un común humano originario, en un momento atemporal en que la humanidad y todos sus miembros, existentes, existidos y por existir, se unifican y se igualan en una esencia común de humanidad, en una especie de antepasado pre- antropológico, donde sería propio de una naturaleza la existencia de ciertos derechos esenciales o fundamentales, sin que se explique el por que, como y cuando se origina el listado con que a posteriori de hecha esta afirmación, es posible completar la frase que le da sentido. El derecho a la vida puede parecer evidente, pero no necesariamente se desprende con esa evidencia el por que los seres humanos deben ser propietarios o libres.

La propiedad es un fenómeno histórico, con producción y reproducción, según las estructuras materiales y políticas que permiten generar la posesión de los bienes y reproducción jurídica más o menos amplia según se pretenda o no determinado espacio para la propiedad personal<sup>911</sup>, pero ello no acaba nunca de explicar el por que se nace con o sin bienes y se deviene sin *natural equidad* o siquiera similitud de medios para apropiárselos durante el curso de una vida. Con ello, ni siquiera la igualdad puede entenderse si no es en sentido histórico y como aspiración de un

---

<sup>911</sup> Esto queda claramente expuesto cuando Federico Engels, en su texto publicado póstumamente llamado *Principios del Comunismo*, señala las formas en que se podrá ir aboliendo progresivamente la propiedad privada mediante una “Restricción de la propiedad privada mediante impuestos progresivos, fuertes impuestos sobre las herencias, supresión de los derechos hereditarios en la línea colateral (hermanos sobrinos, etc.), empréstitos forzosos” y como la igualdad debiera producirse desde el origen del nacimiento de los sujetos reforzándose la “Igualdad de derechos hereditarios para los hijos legítimos e ilegítimos”. Engels, Federico. *Para leer El Capital*. Editorial Grijalbo S.A. México DF. 1969. Página 149 y 150.

grupo frente a otros, pero no como una esencia ni como un derecho fundamental en este sentido; antes fundante de un orden que fundamental por esencial, ya que incluso en el sentido cristiano de ella se extiende a una imposibilidad por mensurabilidad de su ejercicio. Como lo señalaba Bakunin, si bien “Es el gran mérito del cristianismo haber proclamado la humanidad de todos los seres humanos, comprendidas entre ellos las mujeres, la igualdad de todos los hombres ante la ley. Pero ¿Cómo lo proclamó? En el cielo, para la vida futura, no para la vida presente y real, no sobre la tierra”<sup>912</sup>.

La libertad por su parte puede ser un valor, pero que sin historicidad no es posible comprender nunca a cabalidad, ya que no hay un *libre en sí* sino uno respecto de o para algo. Ya es incluso suficientemente discutible el que aún cuando esa libertad se diga provenir de dios, ello sea una esencia total, ya que si el tema es el libre albedrío frente a esa divinidad, algo de ella se vuelve siempre inaccesible, pues o se debe respetar lo divino en última instancia o se le debe rendir cuenta y aceptar ciertas sanciones, lo que la vuelve difusa como esencia, ya que una esencia limitada resulta ser simplemente una aporía y una tautología. Citando nuevamente a Bakunin, un radical de la libertad, podemos resaltar nuevamente esa necesaria relacionalidad de éste valor-acción al señalar con él que “No soy verdaderamente libre más que cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. La libertad de otro, lejos de ser un límite o la negación de mi libertad, es al contrario su condición necesaria y su confirmación”<sup>913</sup>.

Con la idea de la existencia de derechos fundamentales que se encontrarían en un principio no explicitado de humanidad común para todos los sujetos, se levanta un mito que se salta la explicación de esas incongruencias señaladas y remite permanentemente a la idea de una creación inmaterial o a la idea de un ser esencial y originario, un buen salvaje, un primate con el ADN de estos derechos que daría origen a su historicidad posterior. El mito no solo se vuelve controvertible sino

---

<sup>912</sup> Bakunin, Mijail. *Dios y el Estado*. Editorial Centro Gráfico Limitada. Santiago de Chile. 2006. Página 15.

<sup>913</sup> Bakunin, Mijail. Op. cit. Página 16.

que corre el riesgo de desfondarse con la aparición de otro primate anterior que lo difiera, como le ha ocurrido al fósil de Lucy<sup>914</sup>.

Pero igual de feble es el otro extremo del mito, que, en la lógica de las generaciones evolutivas señala que los derechos humanos deben ser apreciados como última frontera de esta humanidad en progreso hacia un evidente estado superior de civilización, como si el establecer un estado de derechos humanos planamente garantizado por la institucionalidad fuese el horizonte final de la humanidad como proyecto; una suerte de sustitución del fin de la historia propietaria por un fin de la historia humanitaria. Ello contiene no solo una falacia idealista y escatológica, sino una seria falta de reflexión acerca de los límites de las garantías institucionales para una satisfacción integral de las necesidades.

Los derechos humanos requieren de algo más que enunciación y garantías. Si tomamos los parámetros del garantismo nos queda aun más claro lo anterior y nos permite esbozar el estado actual del sistema internacional de protección de derechos y efectuar el análisis crítico reconstructivo que intentamos. Intentaré a continuación describir esos parámetros garantistas y su influencia en la conformación de un sistema internacional de justicia que pretende en su ejercicio de principios y estatutos, constituirse como superación del reconocimiento estatal de los derechos humanos y del monismo legal rígido.

### **Garantías y sistema internacional de protección.**

La cuestión de los límites y actuaciones de protección de los derechos radica a mí entender en la errada comprensión del hecho que derechos, estatutos y garantías son tres cuestiones distintas.

---

<sup>914</sup> Al respecto puede verse artículo en que la BBC informa de un fósil de *astrolopithecus* más antiguo que Lucy, el esqueleto originalmente encontrado en 1974 en la zona de Afar, en Etiopía, África y que era el antecedente más antiguo de la humanización de los primates capaces de erguirse en dos pies como los humanos, [http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/science/newsid\\_5365000/5365874.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/science/newsid_5365000/5365874.stm) Visita 9 Enero 2009.

Tal como discutimos en los capítulos anteriores, especialmente cuando se abordó el problema de las necesidades humanas y la influencia de los paradigmas en la determinación de éstas así como en el modo de enfrentar su satisfacción, señalé que a mi entender existe una confusión entre estos términos que se ha desarrollado a partir de la adopción por la juridicidad moderna de los patrones de la formalidad positivista. Mientras que en el iusnaturalismo la existencia de derechos se refería a la posibilidad de ejercer ciertas facultades inalienables por causa de estar en la esencia de los sujetos, de manera que el problema resultaba de adecuar la legislación humana y su judicialización a esa sana razón, a partir de la confluencia de exégesis y positivismo el monismo estatal obtuvo como consecuencia el establecer como verdad el hecho que solo el Estado era un productor de derecho legitimado, de manera que solo aquellas atribuciones concedidas por el soberano a los ciudadanos a través de la forma legal constituían en verdad derechos, solo aquello que estaba escrito y garantizado legalmente podía constituir un derecho que invocar para ser reclamado y defendido. De ésta forma, la primera confusión que incide en la materia, entre derecho y estatuto, se verifica de ésta manera: en la época de la juridicidad monista, solo son derechos aquellos que el Estado ha creado, designado o admitido en su reconocimiento. De allí que se establezca una verdadera restricción a la existencia de derechos limitándolos a aquellos que se encuentran escritos en una ley o estatuto normativo, tornando inexistentes o invisibles aquellos que, diciendo relación con conflictos o necesidades humanas insatisfechas, al no ser admitidas se les deslegitima y se tiende un manto de opacidad sobre ellos. El resultado es doble: por un lado lo que no está escrito simplemente no existe, por lo tanto no puede buscarse su efectividad ni aplicación dentro de los marcos de aseguramiento judicial que el mismo modelo de juridicidad estatal contempla; por otro, el modelo se informa masivamente y se entroniza en la conciencia y cultura media de juristas y ciudadanos, de modo que se forma un sentido general en cuanto a que los derechos solo son los escritos. Así la confusión de conceptos se hace fusión de sentidos.

Un segundo nivel de anudamiento, que también mantiene la discusión antes en el nivel formal de los derechos que en el material de las necesidades, dice relación con la sinonimia que se fuerza entre derechos y garantías de los mismos.

En efecto, una cosa son los derechos, que hemos mencionado como relacionados con las necesidades humanas en juego en los conflictos; otra las cartas o estatutos que contienen el listado de facultades susceptible de exigir mediante la intervención más o menos eficaz del Estado – esa es otra discusión – y otra es el concebir y leer la actividad jurídica como una acción de garantías de protección de parte del estado contra el poder de la soberanía que, como ya también señalamos en capítulos anteriores, tiende permanentemente a la dominación de sus súbditos. De ahí que, por absolutamente clara herencia del liberalismo, pueda observarse que existe toda una tradición jurídica que revisa y analiza la historia del derecho como la de una larga lucha por la protección del ciudadano contra los abusos de la autoridad, toda una franja de actores en una línea de rescate y lucha por los derechos humanos como un orden que restrinja y evite los abusos desde el ejercicio del poder público, en una línea de articulación poco clara y menos explicada con perspectivas socialistas de transformación social. Esa es claramente una apuesta comprometida con los derechos humanos, la ciudadanía, los problemas sociales y las necesidades humanas, pero que sigue inserta en la lógica del estado liberal de derecho y en un orden internacional que se concibe dentro de ese margen, que transita en las paralelas del garantismo, pero que no rompe con su lógica fundacional ni operacional y, en chocar permanentemente contra ese muro de inequidades y arbitrariedades que niega, no acaba de perfeccionar su afirmación instituyente de una nueva racionalidad que supere la ratio moderna.

Sin embargo, y esto es conveniente resaltarlo cada vez que sea necesario, todas las críticas contra-paradigmáticas que puedan hacerse a las diversas nociones de derechos humanos no pueden servir en absoluto para entender que la idea de la existencia de garantías y acciones de protección sobre una serie de bienes jurídicos y valores que comprometen los elementos mas básicos de las personas, como son la integridad física y psíquica, la privación de su libertad de desplazamiento, o de defensa procesal y la privación por acto de autoridad de las condiciones materiales de subsistencia, por el hecho de ser criticables por su falta de eficacia, o por su lógica formal de operacionalidad y por su disponibilidad feble frente a las fuerzas materiales que ejercen el poder en las relaciones sociales, se trata de elementos, garantías y formulas execrables, desechables o si quiera que pueden abandonarse y adquirir un menor valor. La noción de contención y combate del abuso de autoridad

en beneficio de los súbditos del poder estatal, tanto de aquellos que poseen estatutos de soberanía como de quienes no son parte de un determinado espacio estatal, debe ser permanentemente rescatada, valorada y asegurada en sentido de lograr la mayor eficacia posible de ello. No por un acto de sublime civilización o de manifestación del progreso inevitable de la humanidad, sino por que los actos de abuso y opresión son absolutamente execrables y de ninguna forma comparable con cualquier debate o crítica ideológica sobre una ratio de acción y sus instrumentos. Los mecanismos de garantías, a pesar de su mayor o menor eficacia, son conquistas sociales que deben asegurarse, exigirse, mantenerse y validarse permanentemente frente al poder.

Se produce así una aparente paradoja en lo que vengo señalando, que en realidad no es tal, entre la crítica a los límites de efectividad de hacer sinónimos derechos y garantías con la necesidad de establecer éstas garantías sobre conquistas generales o puntuales de instancias institucionales que puedan operar como satisfactores de necesidades políticas, materiales, culturales, ambientales o sociales. Nadie puede dudar que el que se consagren y enuncien, cada vez con mayor abundancia, garantías y mecanismos de judicialización o reclamación para derechos y mecanismos de intervención sobre estas en las declaraciones, tratados, constituciones y legislaciones nacionales. De hecho, la declaración y adopción de garantías produce movimientos, discusiones y opciones por prácticas jurídicas que permiten la apertura de espacios antes cerrados, pero aporísticamente y –valga la redundancia – no garantizan la eficacia de protección o satisfacción de las necesidades expresadas en esas declaraciones y mecanismos para los eventuales destinatarios. Permítaseme poner aquí tres ejemplos prácticos de distinto corte que me parecen demuestran lo sostenido.

Recientemente, después de veinticinco años de discusión, la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 2007, en su Sexagésimo primer período de sesiones, aprobó la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**<sup>915</sup>, señala que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el

---

<sup>915</sup> [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf) Visita 15 Enero de 2009.



derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”, y conteniendo en su articulado disposiciones incluso contradictorias, señala por ejemplo, en sus artículos 3, 4 y 5<sup>916</sup> verdaderas bases para procesos de discusión y recreación de las realidades de las comunidades involucradas en su potenciación. Así por ejemplo, y basados en su participación en el proceso de discusión de ésta declaración, en la que participaron no solo los estados sino también los pueblos indígenas de varios estados, en Chile, el *Consejo de Todas las Tierras*, una de las organizaciones más conocidas del Pueblo Mapuche, dio inicio con fecha 14 de Enero del 2009 a lo que denominó *Escuela para el Autogobierno Mapuche*<sup>917</sup>, que fundada en esa declaración plantea la necesidad de recuperar la soberanía política como pueblo dentro del estado chileno, discutiendo cuales son las bases y posibilidades de ese esfuerzo. A partir de éstas declaraciones ubicadas en el plano del derecho internacional y que, por tratarse de una declaración y no de un tratado, no requieren la incorporación a la

---

<sup>916</sup> Los mencionados artículos disponen:

#### *Artículo 3*

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

#### *Artículo 4*

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

#### *Artículo 5*

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

#### *Artículo 6*

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

<sup>917</sup> Al respecto pueden visitarse los siguientes portales, uno el de la organización Wallmapuche o Consejo de Todas las Tierras y otra del periódico local de la ciudad de Temuco que da cuenta del evento que se menciona (visita 15 Enero 2009):

[http://www.wallmapuche.cl/nweb\\_portal/site/contenido.php?seccion=destacado&codCodigo=1227&codigo=codNoticia&tabla=notichile\\_noticias&codCategoria=1&ruta=noticias](http://www.wallmapuche.cl/nweb_portal/site/contenido.php?seccion=destacado&codCodigo=1227&codigo=codNoticia&tabla=notichile_noticias&codCategoria=1&ruta=noticias)

[http://www.australtemuco.cl/prontus4\\_noticias/site/extra/pdp/pdp.html?sec=2&ts=20090116060307&fp=20090116&pag=3](http://www.australtemuco.cl/prontus4_noticias/site/extra/pdp/pdp.html?sec=2&ts=20090116060307&fp=20090116&pag=3)

legislación interna de los países, se pretende iniciar un proceso que amplié en base a este fundamento de derecho internacional las condiciones políticas del pueblo mapuche.

Otro claro ejemplo de lo señalado es todo el proceso de debate jurídico que se instaura a partir de la adopción en las constituciones políticas nacionales de ciertos derechos y garantías allí escritos, y que, incorporados en un ordenamiento y disponibles para uso, se tornan instrumentos hermenéuticos para el debate político jurídico y jurisdiccional. Solo en América Latina a partir de la década de los noventa del siglo veinte, junto con el término del ciclo autoritario de las dictaduras de seguridad nacional, se inaugura un periodo de participación y/o actualización de la normativa constitucional a las modernas doctrinas y prácticas constitucionales y de derechos.

En el año 1988, Brasil dictó su Constitución Política<sup>918</sup> post dictadura y tras las campañas de las *directas ya*, garantizando igualdad ante la ley, igualdad legal expresa entre mujeres y hombres y una larga lista de garantías que como novedad incorporaban a la Constitución los derechos como consumidor, o a peticionar sin pagar tasas, a ser informados por el Estado, la sanción al racismo, la exclusión de la pena de muerte, una serie de derechos expresos para los trabajadores incluyendo un salario mínimo o un decimotercer salario en base en la remuneración íntegra o el valor de la pensión de jubilación;

En un sentido similar, de masiva incorporación de derechos y garantías sociales y colectivos, la Constitución Política de Colombia de 1991<sup>919</sup> es de alguna manera pionera en incorporar un título de Derechos, Garantías y Deberes constitucionales que incluye derechos fundamentales; derechos sociales, económicos y culturales; derechos colectivos y del medio ambiente; además de mecanismos de protección y aplicación de éstos y de deberes y obligaciones. Entre los fundamentales se contemplan los tradicionales derechos a la vida (Art. 11 y

---

<sup>918</sup> <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0507.pdf> visita 16 Enero 2009.

<sup>919</sup> Nueva Constitución Política de Colombia. Décima edición. Edición oficial. Enero de 1995.

siguientes) que implica la prohibición de desapariciones forzadas, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes; la igualdad ante la ley y prohibición de discriminación; reconocimiento de la personalidad jurídica; a la intimidad y buen nombre que incluye la protección de datos y de comunicaciones así como al desarrollo de su personalidad, la prohibición de la esclavitud, libertad de cultos, de expresión, a la paz, a la honra, a presentar peticiones, circulación, al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, libertad de enseñanza, debido proceso, habeas corpus, limitación de penas, derecho de asilo, de reunión, libertad de asociación, de sindicalización y participación. Frente a este detalle de derechos políticos se incorporan una serie de derechos sociales y colectivos (Art. 42 y siguientes) para la familia, la igualdad de derecho de los sexos, reconocimiento expreso de derechos de los niños y adolescentes, a la salud, la vivienda, el deporte y recreación, negociación colectiva, huelga, propiedad privada con función social y el acceso a ésta, actividad artística, intelectual y periodística. Y para esa época resultaron modernísimos la incorporación de derechos colectivos (Art.78 y siguientes) para la calidad de bienes y servicios en beneficio de la salud, como un ambiente sano con participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarle, y una planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo sostenible; como la prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares y la obligación del Estado de regular “el ingreso y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional” (Art. 81). Se señaló a su vez el principio de la buena fé con rango constitucional, acción de tutela, acciones populares para los derechos colectivos y el que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Art. 93), de manera que los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados en conformidad a los tratados internacionales suscritos. El detalle y tratamiento es amplísimo.

En el año 1994, Argentina promulgó la Constitución Política<sup>920</sup> que contiene incluso un capítulo denominado *Nuevos derechos y garantías*, que señala la

---

<sup>920</sup>[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/temas\\_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf) visita 16 Enero 2009.

mantención de su vigencia incluso en caso de ruptura institucional, el respeto por la democracia, la iniciativa ciudadana en materia legal. Se señala además que *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras* (Art. 41), así como los derechos del consumo, esenciales en la época de mercado que vivimos.

Más recientemente, tras un amplio proceso participativo, Venezuela promulgó su Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>921</sup>, Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, que incluso en su Art. 1 señala que son “derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional” y que establece que posee como “valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (Art. 2). EN concordancia con eso incorpora un Título III que denomina De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, y que contiene prioridad expresa de éstos al señalar que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (Art. 23) y contempla la expresa persecución de los delitos contra los derechos humanos y de lesa humanidad, su judiciabilidad directa así como el acceso personal de reclamación ante los organismos internacionales, incluso sin el estado.

Por su parte Chile, en que la participación ciudadana sigue presa de un sistema electoral que excluye minorías y con un padrón electoral no renovado, en que un 37% de los votos aseguran a la oposición de derecha hasta hoy casi un 50% del parlamento, incorporó tempranamente, en el año 1989, en negociaciones con la

<sup>921</sup> <http://www.gobiernoonlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf> visita 16 Enero 2009.

dictadura de Pinochet saliente tras su derrota en el plebiscito de 1988, el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, el que textualmente señala que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”<sup>922</sup>. No obstante que cronológicamente es anterior a muchas, el proceso de constitucionalización de derechos ha sido extraordinariamente lento, discutiéndose incluso el rango legal que los tratados aprobados por el parlamento pudiesen tener en el ordenamiento interno, dificultando la preeminencia de los derechos humanos como principios jurídicos. La herencia de la dictadura en la derecha parlamentaria y en el conservadurismo legal ha resultado impresionante y solo con las exigencias que los estados europeos tras los Tratados de Libre Comercio realizan sobre la institucionalidad se logró redactar un nuevo Código Procesal Penal que contemplase un efectivo debido proceso y la escrituración de garantías y procedimientos en tal sentido. A diferencia de las otras naciones el texto refundido actual no fue establecido por una asamblea constituyente sino mediante decreto presidencial<sup>923</sup>.

Completamente inéditos y populares resultaron los procesos de las nuevas constituciones de Bolivia de diciembre del 2007 y de Ecuador del 2008. Ambas no solo se originaron en sendas asambleas constituyentes con participación de la ciudadanía, sino que además de insertan dentro de procesos sociales que llevaron a la formación de nuevos gobiernos de dirección popular, integracionistas y con fuerte sentido social. Se caracterizan ambas, así como su contexto socio político, por tratarse de constituciones en que los derechos sociales y colectivos son esenciales y en que a nivel ciudadano la participación de población de origen indígena fue masiva y determinante. Se contienen en ellas sendos títulos sobre Derechos fundamentalísimos, fundamentales y garantías (Constitución Política de Bolivia, Art. 13 a 107)<sup>924</sup> con un listado de derechos civiles, políticos, de las naciones y pueblos

<sup>922</sup> Chile. *Constitución Política de la República*. Diario Oficial de la República de Chile. 2005.

<sup>923</sup> Decreto Supremo N° 100. de 17 de Septiembre de 2005 y publicado con fecha 22 de Septiembre del 2005 en el diario oficial. Fuente <http://www.camara.cl/legis/constitucion/DTO1001.pdf>.

<sup>924</sup> Bolivia. *Constitución Política del Estado*. Edición oficial de distribución gratuita. 2007.

indígena originario campesino, derechos sociales y económicos, de educación, interculturalidad y derechos culturales y comunicación social, además de una serie de garantías al efecto. En ella el tema de los derechos es central.

Más abundante en contenido incluso es la Constitución Política del Ecuador<sup>925</sup> del 2008, que contiene un extenso Título II sobre derechos (Art. 10 a 82), una serie de garantías constitucionales a las políticas y servicios públicos, la participación, jurisdiccionales, como de participación, que contempla incluso normas de justicia indígena, reconociendo pluralismo legal en la materia. Además establece un Título IV sobre Régimen de Desarrollo con énfasis en la soberanía nacional y un Régimen del buen vivir, que se refiere a inclusión y equidad, educación, salud, seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, comunicación social, ciencia y tecnología, gestión del riesgo, población y movilidad humana, seguridad humana, transporte, biodiversidad, patrimonio natural, ecosistemas, recursos naturales, suelo, biosfera y gestión urbana.

Como queda en claro la tendencia es cada vez más a la proliferación de estatutos de derechos y garantías, y sin embargo es sabido que ello no basta. Esta historia de actual constitucionalización de derechos no es sino parte de un extenso e intenso impulso de intervenir, mediante la actividad y operacionalidad jurídica frente a la cada vez mayor brecha de inequidad y atentados a la dignidad humana. Sin embargo, en la esfera de la realidad material y no textual, la situación actual es otra. No obstante esa escrituración de derechos y garantías las violaciones a los derechos humanos siguen siendo masivas, incluyendo a gobiernos y/o estados que declaran su adhesión al sistema.

Así por ejemplo, no solo Chile presenta un sistema declarativamente democrático y respetuoso de los derechos humanos, sino a su vez altamente excluyente y violatorio de los derechos de buena parte de sus habitantes; que en los foros internacionales permanentemente es criticado por las violaciones de los

---

<sup>925</sup> Ecuador. Constitución Política. Edición oficial de distribución gratuita. 2008.

derechos humanos de su población indígena<sup>926</sup> o que ha debido enfrentar sucesivas denuncias ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos por diversos casos<sup>927</sup> en que decisiones de órganos del estado se apartan de los valores que declaran suscribir. También en el resto del continente, para cada uno de los países citados pueden observarse una serie de hechos que cuestionan directamente la situación que no basta un ordenamiento interno que contemple derechos, sino que se requiere algo más. El continuo estado de guerra de Colombia con grupos paramilitares avalados por el ejército, y por ende el Gobierno y el mismo estado, sumado a las violaciones a indígenas, campesinos, ciudadanos urbanos y la impresionante cifra de dirigentes sindicales muertos pese a asegurarse constitucionalmente ese derecho. El trabajo esclavo en Brasil y la necesidad de una reforma agraria pese a los derechos laborales y sociales de la Constitución. La pérdida de soberanía alimentaria de Argentina en manos de los productores de soya o la crisis del corralito en que pese a la existencia de estatutos de derechos el FMI logra violar masivamente derechos sociales al intervenir en la política fiscal del país. Las permanentes tensiones en Venezuela, Ecuador y Bolivia con acusaciones a la intervención de EE.UU. en sus decisiones sumado a la denuncia de grupos nacionales señalados como oligárquicos o empresariales por gobiernos de amplio respaldo popular. A mayor cuidado llama el golpe de estado de Junio del 2009 dado en Honduras, donde tras el quebrantamiento del orden constitucional los golpistas han llegado a sostener que el derrocamiento del presidente constitucional es un triunfo del estado de derecho, para legitimar así su acción a pesar de la represión que han desarrollado. Todo esto habla de la necesidad de observar con cuidado los

---

<sup>926</sup> Al respecto puede verse, a modo de ejemplo, entrevista a José Aylwin, abogado de larga defensa del Pueblo Mapuche en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=67654> visita 16 de enero 2009 y la admisión en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de denuncias al respecto (<http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/documentos/doc-65.htm>, visita 16 enero 2009) o las denuncias contra Chile por aplicación de una Ley Antiterrorista contraria a los Derechos Humanos que efectúan Human Rights Watch ([http://www.hrw.org/es/search/apachesolr\\_search/mapuches](http://www.hrw.org/es/search/apachesolr_search/mapuches) visita 16 enero 2009) o Amnistía Internacional (<http://www.google.com/custom?q=mapuche&cof=LW%3A774%3BL%3Ahttp%3A%2F%2Fwww.amnistia.cl%2Fimages%2Fcabecera.jpg%3BLH%3A130%3BAH%3Acenter%3BGALT%3A%23FF9C00%3BS%3Ahttp%3A%2F%2Fwww.amnistia.cl%3BGL%3A0%3BVLC%3A%23999999%3BAH%3Aleft%3BBGC%3A%23FFF%3BLC%3A%23000000%3BGFNT%3A%23FF9C00%3BALC%3A%23666666%3BT%3A%23FFFFFF%3BGIMP%3A%23FF9C00%3BAWFID%3A67145c2e24fa1f4d%3B&domains=amnistia.cl&siteSearch=amnistia.cl> visita 16 Enero 2009).

<sup>927</sup> Al respecto ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos contra Chile en <http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=chile> visita 16 Enero 2009.

esfuerzos por intervenir desde el derecho en esa situación de conflicto, pero también analizar los vacíos e insuficiencias de la herramienta jurídica posible.

No basta con la declaración de derechos, como bien lo han entendido algunos de los impulsores del sistema internacional de protección de derechos, se requiere de algo más; por ello es que han intentado desarrollar un Garantismo intra y extra nacional que intente acortar la brecha entre vulneración de derechos y marco normativo. En el apartado que sigue intentaré precisamente analizar, a partir de una descripción del sistema de protección, los límites de éste paradigma social-liberal de derechos humanos, el que significa el Garantismo y como se constituye el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos.

### **Un sistema internacional de garantías.**

Antes de describir e intentar un análisis crítico más que del sistema instrumental, que de por sí manifiesta sus fortalezas y debilidades, en su ratio basal, resulta necesario situar el marco de racionalidad jurídica desde donde es posible hacer ese debate. Me parece que sin lugar a dudas un modelo de análisis apropiado es mirar el punto desde la teoría garantista, ya que es en ese universo conceptual donde sin duda concurren los elementos del sistema internacional de derechos humanos en su vinculación con el orden interno de las naciones. Si bien es cierto la teoría del Garantismo elaborada por Luigi Ferrajoli se refiere básicamente al derecho penal, que es donde más claramente puede apreciarse la relación entre derecho, política (criminal que es a su vez social al marcar los límites de lo permitido y lo penado) y poder, precisamente el nivel de exposición y desprotección de los sujetos frente a las estructuras institucionales y sociales motiva la revisión de los axiomas necesarios para hablar de protección de derechos.

Como lo ha resumido Lorenzo Córdova Vianello: “El Garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela como la piedra de toque del diseño constitucional del Estado. Desde ese punto de vista, la función y finalidad de las



instituciones públicas es, precisamente, la de respetar y proteger de ese conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales, esencialmente”<sup>928</sup>; y es allí donde, frente a ese siempre latente poder desmedido del estado, Ferrajoli ha señalado que “En el plano axiológico, por lo demás, el modelo penal garantista, al tener la función de delimitar el poder punitivo del estado mediante la exclusión de los castigos *extra* o *ultra legem*”<sup>929</sup> se verifica como un límite a la violencia en los estados democráticos de derecho. Se ubica así el debate sobre el punto no solo en la esfera de la punición sino en el centro mismo de la legitimidad política y social del estado, toda vez que “La legitimación externa o política del estado, se ha dicho, descansa esencialmente en su función de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, comenzando por el derecho a la vida que está garantizado por la seguridad interna y por la paz”<sup>930</sup>, lo que requiere una cultura jurídica que se sustente en el deber ser como “el principio de soberanía de los pueblos y por el valor de la paz y de los derechos fundamentales universalmente reconocidos”<sup>931</sup>, pero que a la vez constituya una base de acción para la lucha por los derechos que es, a su juicio, otra forma de democracia política, paralela a la institucional y representativa que la acerque a la democracia directa, en que ambas formas – la democracia representativa y la directa – “no constituyen dos modelos alternativos de democracia, sino que son más bien una el soporte de la otra”<sup>932</sup>.

Como puede apreciarse, la discusión que intenta Ferrajoli se ubica entonces en una perspectiva mayor de reacción frente a los problemas del poder y los derechos y necesidades de los ciudadanos, en un contexto de permanente crisis del derecho frente a la materialidad en que actúa.

---

<sup>928</sup> Córdova Vianello, Lorenzo. <http://www.el-universal.com.mx/editoriales/38951.html> Visita 24 Enero 2009.

<sup>929</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Página 39.

<sup>930</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 936.

<sup>931</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 940.

<sup>932</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 948.

Señala al respecto que nos encontramos frente a una verdadera crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en tres aspectos: una crisis de legalidad, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional, que se expresan sucesivamente en la “ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por lo tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder”<sup>933</sup>, atravesado por cada vez más frecuentes casos de corrupción y de permisividad frente a formas organizadas de delincuencia; en una inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State, que con el objeto de brindar protección de grupos mayores y diversos ha devenido en una inflación legislativa que lleva a la pérdida de la generalidad y abstracción del derecho, generando una merma de eficacia en el sistema institucional de garantías, lo que refuerza la primera crisis; y finalmente, una crisis del Estado en la medida que la mundialización “ha desplazado fuera de los confines de los estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales”<sup>934</sup> que dejado al margen de sus institucionalidades a cuerpos enteros de derecho y normas “sustraídas de controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra nacionales”<sup>935</sup>: piénsese en el tratado de Maastricht y todo el entramado económico de la Comunidad Europea.

Para Ferrajoli, se trata de una completa crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan los paradigmas del Estado de derecho como de la soberanía popular. Si bien es cierto el derecho es siempre una realidad artificial, que opera desde un momento -se diría- posterior sobre la realidad fáctica, esta crisis afecta profundamente al paradigma jurídico mismo, a la razón jurídica como un control sobre el derecho, quebrando la idea de contenidos substanciales del derecho necesarios de proteger. Señala éste autor que “El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que

---

<sup>933</sup> Ferrajoli, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. En *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1999. Página 15.

<sup>934</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 16.

<sup>935</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 17.

afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la substancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material weberianas”<sup>936</sup>, en que los derechos fundamentales con en verdad vínculos substanciales y no solo formales, en que la característica de universalidad de ellos obliga al Estado a generar permanentemente vínculos positivos y negativos frente al poder y los ciudadanos; de manera que ni siquiera una mayoría pues establecer la violación de una libertad o no decidir por la satisfacción de un derecho social, de manera que en verdad la legalidad conforma una esfera de no indecibilidad sobre esos factores. **La reducción de esas posibilidades de ilegalidad substancial es precisamente la tarea de las garantías.**

“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional... (de manera que) el Garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”<sup>937</sup>. Concebidas así, lo que ocurre en el centro de la cultura jurídica es una transformación a nivel del rol mismo de los jueces, en que éste ya no es solo un aplicador de la ley sino que el ethos de su función frente al ciudadano, en que su juicio no es ya solo de sujeción a la letra de la ley sino que “la interpretación de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma”<sup>938</sup> que busca ponerla a prueba en cuanto a si con tal o cual aplicación se satisface el hecho de garantizar y hacer respetar los derechos fundamentales, incorporando a la relación estado ciudadano vínculos fundamentales. Solo esa forma de la ratio jurídica permitirá avanzar hacia “un sistema de obligaciones internacionales impuesto para la tutela de los derechos sociales también en los países más pobres”<sup>939</sup>.

---

<sup>936</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 22.

<sup>937</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 25.

<sup>938</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 26.

<sup>939</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. cit. Página 31.

De hecho, para Ferrajoli, el horizonte del Garantismo y de la democracia sustantiva de derechos fundamentales que propugna adquiere una dimensión global que obliga a abandonar la distinción clásica de derechos del hombre y derechos del ciudadano. “Tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra estatal –en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional – y por tanto tutelarlos no solo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo”<sup>940</sup>.

Si se observa lo ocurrido con el Sistema Internacional de Protección de Derechos humanos, podrá apreciarse claramente que en forma decidida a partir de la Convención de Viena de 1993 esa es claramente la tendencia del sistema: constituirse en un sistema integral de garantías de derechos y de ampliación de ciudadanía global en un nuevo sentido que consagra la trilogía de la democracia, el desarrollo y los derechos humanos.

En efecto, si uno considera que desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 a la fecha el trabajo de quienes han trabajado en la construcción de ese orden internacional de los derechos humanos ha sido precisamente ese, el de constituirlo como tal, ampliando y rescribiendo el sistema de derecho internacional de corte estatal y contractual.

El tradicional sistema de relaciones Internacionales se basaba en la lógica estricta de las relaciones interestatales, en que el sistema internacional considera la supremacía de los Estados por sobre sus ciudadanos, de manera que toda relación o situación jurídica internacional requiere la aprobación e intervención de los estados partes de tratados bilaterales o multilaterales, quienes solo una vez suscritos e

---

<sup>940</sup> Ferrajoli, Luigi. *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona..* En *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1999. Página 117.

incorporados a su legislación interna le otorgan existencia, validez y eficacia a ese derecho internacional, que no admite, salvo excepciones también pactadas, intervención de otros sujetos que no sean los estados partes, relegando a su estricto interior a los ciudadanos y habitantes de los territorios nacionales. La soberanía y la potestad del estado nacional resultan absolutas, de manera que todo el derecho internacional deriva de ese intercambio contractualista de países tratantes. La vigencia del orden requería siempre previa suscripción y posterior adhesión en lo externo, pero a su vez ratificación e incorporación legislativa interna; solo aquellos que cumplían con la totalidad de este proceso podían pasar a tener aplicación internacional en cuanto a su exigibilidad entre partes y judicialización en el interior de sus países. De allí que se criticase a éste sistema por su falta de eficacia y que se le refiriese como una juridicidad incompleta.

Dentro de éste sistema entonces es que se verifica la apertura del mismo, pero en un proceso lleno de ambigüedades y desafíos, no obstante los grandes pero lentos avances si se le compara con otros movimientos en el ámbito internacional, demostrando una vez más que el derecho en tanto sistema institucionalizado responde a las condiciones materiales y a las voluntades políticas que lo generan, determinan y aplican. Dentro de éste sistema internacional es posible encontrar áreas de derecho duro, con tratados multilaterales de aceptación general, como las normas de derecho humanitario y otros de carácter bilateral también con poca discusión, como las que fijan los límites entre estados o normas de intercambio poblacional o fito-sanitarias (la cuestión sobre su efectividad es un punto diferente al de su existencia y validación), así como otras de aceptación supuestamente universal que sin embargo constituir aperturas culturales se les ha establecido un estatus de incierta operacionalidad jurídica. Piensese por ejemplo en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas del 2008, se les reconoce instrumento oficial del sistema al haberse aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas, órgano declarado soberano sobre la materia, al ser solo declaraciones pueden constituir indicaciones de sentido hermenéutico pero no instrumentos requesibles ni susceptibles de judicialización. El caso absolutamente contrario en cambio ocurre con los instrumentos económicos internacionales, que en las últimas décadas y con la consolidación hegemónica del neoliberalismo a partir de la década del setenta del

siglo veinte, adquirieron no solo preminencia y prioridad, sino también una más que relativa autonomía. Esto es precisamente el caso del Fondo Monetario Internacional, que siendo originalmente un órgano de las Naciones Unidas ha llegado a convertirse en un verdadero órgano autónomo y no fiscalizable de decisión sobre las economías del mundo; o con los Tratados de Libre Comercio que han resultado de una velocidad de aprobación y ejecución prioritaria sobre las demás esferas de derecho internacional.

En ese contexto es donde el denominado *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* como sistema global de protección de derechos se ha desarrollado en medio de una lógica, un sentido y una serie de contradicciones que bien lo enlazan con la teoría del Garantismo Jurídico, buscando implementar efectivamente la universalidad y complementariedad de los derechos humanos más allá de la separación generacional y compartimentación entre políticos, económicos y sociales y culturales; estableciendo en ese orden y cultura jurídica una centralidad de los derechos fundamentales como sinónimo de desarrollo democrático global; constituyendo como eje de la acción jurisdiccional sistémica la garantía de derechos y la primacía de protección por sobre la meramente formal.

En efecto, tal como lo expone el jurista brasileño Antonio Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su libro *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, y que contiene un notable recuento de los esfuerzos y condiciones actuales del tema, en una cita que me permito transcribir en su totalidad:

*“A lo largo de las cinco últimas décadas testimoniamos el proceso histórico de gradual formación, consolidación, expansión y perfeccionamiento de la protección internacional de los derechos humanos, conformando un derecho de protección dotado de especificidad propia. Este proceso partió de las premisas de que los derechos humanos son inherentes al ser humano, como tales antecediendo a todas las formas de organización política, y de que esa protección no se agota en la acción del Estado. A lo largo de éste medio siglo, como respuesta a las necesidades de protección, se han multiplicado los tratados e instrumentos de derechos*

*humanos, a partir de la Declaración Universal de 1948, considerada el punto de partida del proceso de generalización de la protección internacional de los derechos humanos*<sup>941</sup>.

Pero probablemente, más importante que el listado de tratados sobre derechos humanos, o los órganos que ejercen acción, control y jurisdicción sobre la materia, sino establecer los elementos que conforman el sistema que oscila entre sus estatutos y su operacionalidad. Al respecto, seguiremos al mismo Cançado Trindade para dibujar el estado actual de la cuestión, de manera que solo entonces resultará posible contrastar teoría y práctica, sistema y operacionalización.

Los elementos esenciales de este sistema son los siguientes:

Primero, una concepción de los tratados no centrada en una soberanía rígida, “según el cual las obligaciones internacionales se interpretan restrictivamente que implican derogación de la soberanía de los Estados”<sup>942</sup> y una suerte de disolución de la soberanía jurídica, de manera que contraídas las obligaciones, los Estados no pueden restringirla invocando su soberanía nacional. Lo anterior significa la conformación de un *ordre público* en que las obligaciones contraídas adquieren un carácter objetivo, que deben ser garantizadas e implementadas colectivamente trascendiendo de intereses individuales, efectuando una interpretación de protección objetiva de sus dispositivos.

Segundo, de allí se desprenden algunas claras consecuencias hermenéuticas que indican en las decisiones que esos órganos y dispositivos requieren adoptar para la protección eficaz perseguida:

- a) Una interpretación que asegure el grado máximo de protección de los derechos consagrados, como lo señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art. 29b, de manera que las soberanías nacionales no pueden excluir su aplicación. Se trata de un principio de prescindencia activa, de modo que ninguna disposición de una Convención puede ser

<sup>941</sup> Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006. Página 379.

<sup>942</sup> Cançado Trindade, Antonio. Op. cit. Página 22-23.

interpretada en el sentido de excluir “otros derechos que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”<sup>943</sup>.

b) Una dimensión intertemporal evolutiva de las normas y principios que vaya más allá de la competencia nacional exclusiva o de dominio reservado de los estados, en que la normativa que se genera “se aplica impulsada por las nuevas y cistantes valoraciones que emegen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos”<sup>944</sup>.

c) Un principio de interpretación activa superadora de la lógica bipartita y jeráquica de los tratados, en virtud del cual lo que prima es el llamado “criterio de la primacía de la norma más favorable a las supuestas víctimas”, lo que se traduce en que sea cual sea el lugar de jerarquía jurídica intra o internacional de las normas aplicables, se aplicará aquella que consiga de mejor manera el efecto de protección de la víctima.

d) Una perspectiva de tridimensionalidad protectora que incluye la universalidad de los derechos humanos, la garantía de derechos y la democratización de las sociedades. Esto significa entender la forma de elaboración, decisión y concreción de los derechos humanos desde la tesis de la indivisibilidad de éstos, que implica tanto la ratificación sin reservas de los tratados y protocolos de derechos humanos como su aplicación integral sobre las necesidades, sin privilegiar ninguna de las generaciones sobre las otras, especialmente las de derechos patrimoniales y políticos, toda vez que “no se puede profesar el universalismo de los derechos humanos en el plano conceptual o normativo, y continuar aplicando o practicando la selectividad en el plano operativo”<sup>945</sup>.

---

<sup>943</sup> Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 29-b). <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html> visita 26 de Enero 2009.

<sup>944</sup> Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006. Página 52.

<sup>945</sup> Cançado Trindade, Antonio. Op. cit. Página 87.



e) La existencia de un cuerpo de obligaciones mínimas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales que permitan apreciar la actitud de los estados y gobiernos en la protección de sus ciudadanos,

f) El principio de completa exigibilidad y justiciabilidad en los ámbitos regional y global de los derechos, de manera de incorporar a lo exigible cada vez mayor cantidad de derechos sociales consagrados en cartas y declaraciones.

g) El principio de no discriminación, transformado en un “leimotiv que se hace presente en todo el corpus juris de la protección de los derechos humanos. Siendo así se aplica en relación con todas las categorías de derechos”<sup>946</sup>, lo que implica una visión holística o integral de los derechos humanos.

h) Principio de protección erga omnes, en el sentido de que ciertos derechos humanos son reconocidos en relación con el Estado, pero también y necesariamente en relación con otras personas, grupos o instituciones que podrían impedir su ejercicio. “De esta manera, una violación de derechos humanos por individuos o grupos privados puede ser sancionada indirectamente, cuando un Estado deja de cumplir su deber de dar debida protección, de tomar las medidas necesarias para prevenir o sancionar la violación”<sup>947</sup>; como ha ocurrido con los derechos de privacidad, de reunión pacífica, protección en conflictos internos y situaciones de emergencia<sup>948</sup>, etc. Lo que obliga a los Estados a proveer recursos internos eficaces de protección de derechos.

---

<sup>946</sup> Cançado Trindade, Antonio. Op. cit. Página 126.

<sup>947</sup> Cançado Trindade, Antonio. Op. cit. Página 246.

<sup>948</sup> “Precisamente por que es en las situaciones de emergencia donde tienden a ocurrir graves violaciones de los derechos humanos, es menester evitar abusos y distorsiones de los estados de excepción mediante la observancia de garantías de forma (existencia de amenaza excepcional, y observancia de los principios de la proporcionalidad, de la no discriminación, de la intangibilidad de derechos fundamentales y de la compatibilidad con obligaciones impuestas por el derecho internacional, para evitar arbitrariedades”. Cançado Trindade, Antonio. Obra citada. Página 255.

i) Principio de subsidiariedad y complementareidad de los ordenamientos internos e internacionales, lo que implica que ambas esferas de jurisdicción no son esferas separadas sino un continuo de protección, de manera que la línea de interpretación, el sentido de juridicidad de las decisiones requiere incluir en la totalidad de ellas los horizontes y principios de protección del derecho internacional de derechos humanos, lo que ciertamente expande los horizontes de casación de las sentencias<sup>949</sup> y debe provocar una adecuación de las leyes nacionales a la normativa de los tratados de derechos humanos.

j) El principio de admisibilidad de acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, o de *sujeto jure suo del derecho internacional*, toda vez que para ser coherentes con las raíces del pensamiento jurídico moderno, “Al reconocimiento de derechos individuales debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional”<sup>950</sup> consolidando la plena capacidad procesal de los individuos y que le permita defender por si mismo sus derechos en el plano internacional con independencia de la tutela del Estado del que forma parte<sup>951</sup>. Se habla así de que el derecho de petición individual es una verdadera *cláusula petrea de los tratados de derechos humanos*, que establece al individuo en una situación vis a vis frente al propio Estado.

k) Principio de garantía colectiva por los estados partes. Que implica una complementareidad con el principio anterior en el sentido de una verdadera desnacionalización de la protección, haciendo desaparecer a la

---

<sup>949</sup> “Los órganos de supervisión internacionales, a su vez, controlan la compatibilidad de la interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones convencionales para la determinación de los elementos fácticos a ser evaluados para el propósito de la aplicación de las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos”. Cançado Trindade, Antonio. Obra citada. Página 280.

<sup>950</sup> Cançado Trindade, Antonio. Op. cit. Página 329.

<sup>951</sup> Artículo 34 Convenio Europeo de Derechos Humanos y Artículo 44 Convención Americana de Derechos Humanos. AL respecto puede verse respectivamente [http://www.migualdad.es/MUJER/politicas/docs/1\\_Conv\\_Europeo\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.migualdad.es/MUJER/politicas/docs/1_Conv_Europeo_Derechos_Humanos.pdf) y <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html> Visita 27 Enero 2009.

nacionalidad como *vinculum juris* de manera que los individuos puedan demandar con el solo hecho de encontrarse –incluso temporalmente- bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión. Así el individuo afectado o este Estado de localía temporal pueden accionar en su protección y someterse unos a otros a la vigilancia de protección aludida.

l) La indisponibilidad de las protecciones y garantías de derechos humanos, que implica que dentro del orden público aludido, en caso alguno pueden entenderse suspendidos por ninguna circunstancia ordinaria o excepcional que pueda afectar al entorno geopolítico de los individuos y Estados parte.

m) Y finalmente, me parece subyace en todo esto un claro principio de integración de ordenamientos e instrumentos de protección que sin estar dicho se impone en la conjugación de los elementos del sistema. Se trata ya no solo de la integración *vertical* de los ordenamientos nacionales e internacionales, sino de una *integración horizontal* entre los diversos convenios, tratados, declaraciones y sistemas jurisdiccionales y de protección existentes en los diversos espacios geopolíticos del planeta, de manera de avanzar a cierta unificación del sistema mundial de protección con independencia de los distintos estados de institucionalización que ellos presenten. Por ejemplo hoy nadie duda que la lucha institucional de los operadores jurídicos de derechos humanos por hacer resaltar los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra absolutamente relacionada con las visiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración del Derecho al Desarrollo del sistema Africano o partes de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas recientemente adoptada.

Tercero, estos principios se desarrollan a la vez que implican un avance en la construcción de institucionalidad al respecto a la par que una modificación del sistema de derecho internacional, que por lo demás, como ya señalamos, no es único ya que también la globalización económica ha desarrollado sus mecanismos. Resulta importante hacer notar esto por cuanto en sentido distinto, si algo tienen en

común ambos movimientos es que han contribuido a abrir la soberanía cerrada de los Estados y los derechos nacionales, buscando objetivos distintos ocasionan una pugna de lógicas de decisión y de intervención respecto del monismo estatal pero a la vez un campo de disputa acerca de los objetivos y métodos de acción sobre la realidad. Mientras que la internacionalización económica ha buscado no solo desformalizar el campo de la juridicidad estatal sino reducirla y someterla a las reglas del intercambio financiero, el trabajo de derechos humanos ha intentado consolidar un sistema de protección cada vez más amplio y buscando una satisfacción importante de los derechos económicos y sociales en verdad viene a colisionar con los intentos de globalización financiera. Ambas tensiones han dejado al Estado en entredicho frente a sus poblaciones, ya que por una parte los desproteje flexibilizando y desregulando los ordenamientos y por otro efectúan cuando menos una retórica de adhesión a esgots principios, lo que implica una contradicción política que agrava la situación del Estado como órgano soberano.

Pero, desde el punto de vista que nos interesa, resulta claro, de analizar los principios como la conformación de órganos e instituciones y la historia de desarrollo del sistema, el hecho que se trata de un movimiento de reforma y superación de los viejos esquemas y fundamentos del derecho internacional público, sustentado rígidamente en la relación contractual entre Estados, que como siempre ocurre en el derecho, presenta tanto una posibilidad de fortalecer o de debilitar los derechos según la posición y la disposición de los actores.

Esa fractura del sentido extrictamente contractualista del sistema de derecho internacional, que implica adhesión mediante suscripción explícita del texto en estatuto, pero con la posibilidad de señalar reservas respecto de cláusulas que según el Estado firmante pudiese resultar inconveniente para los intereses nacionales, se torna obsoleta en la medida que el fin perseguido en el nuevo sistema internacional no es ya la defensa irrestricta y total de las soberanías nacionales sino la defensa y protección de las personas, incluso pasando por alto la calidad de ciudadano e incluso de residente. Así, la idea de superación del sistema de reservas constituye sin duda un pilar imprescindible para una nueva cultura y sistema internacional de protección y garantías, ya que desde la óptica de una comunidad internacional mínimamente institucionalizada, el sistema de reservas a tratados, tal

como todavía prevalece en nuestros días, es rudimentario y primitivo, precisamente por que atenta contra la lógica de un sistema internacional y general de integración jurídica que permita cumplir con el principio de la mayor universalidad posible y de coherencia interpretativa y ejecutoria que caracteriza el derecho como hoy lo conocemos. Si el objetivo no es solo de establecer vínculos más o menos obligatorios entre partes, sino señalar pautas de comportamiento y juridicidad orientadas a la protección, la existencia de una noción de obligaciones *erga omnes* se torna fundamental no ya para la ruptura de la vieja cultura jurídica sino como criterio de construcción de hermenéutica e institucionalidad. Ese salto del viejo contractualismo a recibir éste aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite avanzar a un nivel más apto de regulación de las relaciones jurídicas entre los planos interestatal e intraestatal sin que se presenten, como en el viejo modelo, de planos separados y desvincuables. En ese sentido es que “La unidad del propio Derecho Internacional Público se mide más bien por su aptitud para regir relaciones jurídica en contextos distintos con igual adecuación y eficacia”<sup>952</sup>, lo que requiere ampliación e integración de espacios antes que estancos.

Esa integración requiere por cierto requisitos que son - a la vez - características y fines de éste derecho internacional de garantías. De hecho si se observa estas características que vienen a completar procesos de integración internacional en el plano jurídico, puede apreciarse que todas ellas son pasos ya iniciados pero incompletos de desarrollo de un modelo de pretendida mayor adaptación a los requerimientos de protección que se plantea, pero que en su lógica y operacionalidad se encuentra sometido permanentemente a prueba. Y que para ser coherente su eficacia jurídica debe ser medida no sólo por sus planteamientos sino por el grado de logro de sus objetivos.

Me parece que estos elementos son los que constituyen los nuevos derroteros de éste derecho internacional, de acuerdo a lo que expone Cançado Trindade en su obra antes citada:

---

<sup>952</sup> Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006. Página 301.

La generación y/o reforzamiento de mecanismos de producción de derecho internacional, lo que bajo la idea de primacía de la norma más beneficiosa vuelve inoperante el criterio jerárquico de normas emanado del criterio estatal de derecho constitucional. De ésta forma, el derecho internacional se tiende hacia su objetivo, con lo que en las diversas instancias de producción se vuelve relativamente indiferente (pero solo relativamente) la denominación del estatuto en el cual se encuentre consagrada la norma más positiva. Sin embargo esto que parece claro en su sentido hermenéutico, puede resultar de suyo complejo sin la concordancia e interrelación de órganos y mecanismos eficaces de aplicación.

Lo anterior obliga a dos movimientos de ida y vuelta en la configuración de este sistema que requiere adaptar los órganos y mecanismos existentes a la vez que crear nuevos modelos de aplicación. Por un lado se precisa de la suscripción no solo de cartas de derechos sino sobre todo de nuevos marcos operativos efectivamente internacionales e interregionales que hasta hoy no existen. Mientras en la descripción del sistema internacional se encuentran Cortes y sistemas regionales de protección aún no existen mecanismos efectivamente globales de integración y de remisión entre ellos. Dentro de ese contexto, como primeros pasos se encuentran la necesidad de adoptar mecanismos de monitoreo continuo que permitan disminuir las continuas violaciones de derechos que en el terreno real se verifican y que, estableciendo un monitoreo continuo abarque medidas preventivas y de seguimiento eficaces.

Lo anterior implica para los Estados (y notese que debe dejar de hablarse de Estados partes) la adopción de medidas positivas de protección, acción e integración de los diversos elementos del sistema. Por una parte su apertura a la acción procesal internacional sobre estas materias, pero también a un ejercicio permanente de judiciabilidad interna que refuerce ese monitoreo continuo y protección permanente. Se trata de una ampliación del concepto de debido proceso hacia el ámbito de los derechos de seguridad social y colectiva. Lo anterior nuevamente implica definir grados de medición de lo minimamente aceptable para que ello sea necesario.

En ese sentido reforzar la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Humanitario es un esfuerzo que requiere profundización; no solo por que ambos se orientan a la protección de víctimas, sino por que proponen principios comunes de interpretación/acción, como son el principio de inviolabilidad de la persona, el principio de la no discriminación y el de seguridad de las personas en contextos de riesgo. Existen ya numerosas evidencias de ello que van del plano internacional al local y vice versa, que necesitan profundizarse a la vez que expandirse como criterios de esta nueva cultura jurídica. Pueden señalarse al respecto como ejemplo de esa aproximación y convergencia, que se han manifestado “en el plano normativo en relación con materias como la prohibición de la tortura y de trato o punición cruel, inhumano o degradante; la detención y la prisión arbitrarias; las garantías del debido proceso: la prohibición de discriminación de cualquier tipo”<sup>953</sup>. Se refuerza con ello ciertamente no solo la función reguladora o sancionadora de todo derecho, sino sobre todo la preventiva.

De allí que el camino de la Declaración y Programa de acción de Viena de 1993<sup>954</sup>, se señale que tan importante como esas medidas de integración y protección sea el crear una base de acción social que concorra en la conjunción de elementos esenciales de la democracia, como el estado de derecho, separación de poderes, pluralismo, etc; con los elementos del derecho al desarrollo y de los derechos humanos. Sin derechos humanos efectivos, desarrollo social, económico y cultural y democracia el sistema parece no poder funcionar en el sentido de constituirse como sistema integrado.

Pero además un rasgo esencial de esta integración es la ampliación del sistema hacia los sujetos que no sean los estados ni organismos sino personas y comunidades, que se expresa en la postergación de las soberanías frente al criterio de protección erga omnes, que incluye y debe asegurar protección no solo para los ciudadanos de un estado sino para todos sus habitantes sin discriminación. Pero sobre todo en la consagración como principio jurídico de acción del llamado Derecho

---

<sup>953</sup> Cançado Trindade, Antonio. Op. cit. Página 222.

<sup>954</sup> [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument) visita 29 de Enero del 2009.

de petición individual de las personas, que al decir de Cançado Trindade, se constituye en clausula petrea del sistema, ya que esa oportunidad es la que hace viable “el acceso de los individuos a la justicia internacional, lo cual representa una verdadera *revolución jurídica* y quizás el más importante legado que nos deja la ciencia jurídica del siglo XX”<sup>955</sup>: la posibilidad que los sujetos objetos de los sistemas de derechos puedan a su vez vindicarlos en el plano internacional.

La importancia de esto radica a mi juicio, por una parte, en que también en el plano del derecho internacional comienza a hacerse patente la crítica al modelo liberal individualista de sujeto jurídico y procesal; por otra en que más allá de que en forma entusiasta se le quiera denominar como una revolución conceptual, hay que mirar no los deseos del sistema sino sus efectos concretos, en evaluación con sus objetivos y no solo con sus enunciados, y para esto se requiere una mirada menos ingenuamente entusiasta sino crítica y política; y por último, congruente con lo anterior, si en terminos generales existe consenso en cuanto a que son elementos de legitimidad de todo derecho la existencia, validez y eficacia del mismo, este sistema de protección internacional requiere acreditarlos para no ser sólo una propuesta jurídica en permanente proyectiva.

**Criticar los derechos humanos es marcar su importancia politico epistemologica.**

Así como hemos intentando situar, dentro del amplio campo del derecho como fenómeno, la teoría y la práctica de los derechos humanos, me parece que en contrapartida a la pretensión, un tanto ingenua, de atribuirle a esta idea los elementos para la legitimidad de las democracias formales, se hace necesario desacralizar a su vez su espacio y su símbolo. Y con ello, siendo fundamental el aporte y el lugar desde donde efectuarla en proximidad al movimiento de las teorías críticas del derecho, tomar, revisar en su uso como a su vez intentar situar lo mejor

---

<sup>955</sup> Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006. Página 321.



posible el aporte de Joaquín Herrera Flores al programa de crítica jurídica con su denominada Teoría Crítica de los Derechos Humanos, y que más que responder enuncia una serie de preguntas centrales para una nueva cultura jurídica, en concordancia con lo que hasta acá he denominado como materialista y finalista.

Joaquín Herrera se atreve precisamente a entrar en un espacio vedado, en medio de un discurso que, por bondadoso, parece intocable, y que sin embargo, como el mismo lo demuestra, no lo es en ningún sentido por sí mismo; aún más, admite críticas precisamente por la fuerza y radicalidad posible que en él se aloja. Se trata el suyo de un paso audaz que requiere ser analizado para a su vez contraformularle las preguntas a que su Teoría se atreve, de manera que transformada no ya solo en una enunciación de ideas sino en un programa de investigación y debate para la acción colectiva, contribuya a la creación de un otro proceso cultural de la producción de lo común, que parece ser el centro de su devenir. Establecer su estado actual de interrogantes aparece entonces como el mejor motivo de recepción de sus ideas.

Quiero comenzar sin embargo un paso más atrás. No un paso lineal, sino uno que se desplegará a la par y con la Teoría Crítica de los Derechos Humanos, se desenrollará como un argumento permanente, y que sin embargo diríase, late previamente, en el contenido material de la lucha por los derechos humanos. Por que toda la historia de lo que hoy llamamos derechos humanos, e incluso en los derechos del hombre y del ciudadano, en su origen remoto como en la promoción de tratados, instrumentos y órganos de protección, tanto como en la judicialización de la petición de esa protección, lo que subyace en ellos no es un acuerdo pacífico de producción, sino un proceso político, a veces micro o infrapolítico, de lucha por la solución de conflictos que dicen relación directa con necesidades y satisfactores de las mismas: bienes, recursos o relaciones de producción de los mismos.

En su libro *Los dominados y el arte de la resistencia*,<sup>956</sup> James C. Scot señala algunas cuestiones que me parecen un buen punto de partida para - desde fuera de Herrera Flores - establecer el por que es necesaria también una actitud crítica frente

---

<sup>956</sup> Scot, James. *Los dominados y el arte de la resistencia*. Editorial Txalaparta. Nafarroa. País Vasco. 2003.

a los derechos humanos, su discurso, su posibilidad como propuesta hermenéutica y como cultura jurídica; así como a su operacionalidad instrumental y a su institucionalización. Sobre todo si atendemos que también el espacio primero de lucha y después de consagración de los derechos humanos es un discurso estratégicamente producido y ordenado, que como todo discurso dice relación con el lenguaje y las otras formas para resistir formas de poder y dominación, a veces apenas enunciadas.

Lo que Scot señala como punto de su estudio es que en diversas realidades, que abarcan formas culturales y geográficas tan distintas como a los campesinos de Tailandia en la actualidad, los esclavos negros de los Estados Unidos de Norteamérica, en pleno siglo XIX y hasta casi cien años después de la declaración de Pensilvania previa a la francesa; la situación de los siervos bajo el régimen feudal inglés, la casta de los intocables en la India, las luchas del proletariado o la situación de los presos en cárceles en relación con los guardias de las mismas, todas esas, y otras que podrían agregarse y que no contempla, pero que caben en la misma posición, como pueden ser la de los indígenas en América Latina, las mujeres en relación con la cultura machista, la de los jóvenes en los barrios marginales de América o los descendientes de inmigrantes en los guethos de París, o los gitanos en la España medieval y moderna; en todos ellos, es que las relaciones sociales entre grupos socialmente diferenciados, donde existen espacios de poder en disputa no son neutras, sino que en todas ellas operan permanentes y continuas acciones de dominación de unos sobre otros, en que los dominantes afectan en definitiva no sólo las necesidades materiales, aunque se dirigen primordialmente a ellas, sino que coartan la integridad personal de los dominados, degradándolos<sup>957</sup>, por lo que los actos de resistencia definen tanto las condiciones materiales siempre en juego como las de dignidad personal<sup>958</sup>.

---

<sup>957</sup> Al respecto expone que de acuerdo a los registros que sobre la esclavitud negra existen, una de las experiencias más degradantes y atentatorias para con los esclavos tenía lugar cuando eran castigados sus hijos o mujeres y se enfrentaban a la impotencia de no poder hacer nada por ellos. A pesar de los cambios históricos, es posible sin embargo proyectar esa misma situación a los desempleados, a los desplazados de sus tierras o a los campesinos afectados por sequías o pestes en sus tierras pequeñas destinadas a la sobrevivencia.

<sup>958</sup> “En los casos de la esclavitud, la servidumbre y la subordinación de castas. Estas similitudes son bastante claras. Cada una de ellas consiste en la institucionalización de un sistema para apropiarse del trabajo, los bienes y los servicios de una población subordinada”. Scot, James. Obra citada. Página 17.

Si se entiende entonces que las situaciones de dominación, en que alguien se ve afectado sobre la libre disponibilidad de que disponen en sus bienes, servicios y persona se trata en verdad de un sistema con una estabilización tal que llega en ocasiones incluso a la institucionalidad. El mantener ese estadio, esa forma social requiere de todo un proceso simbólico, entre los cuales el discurso y la cultura jurídica, especialmente en cuanto a legitimar procesos de obediencia, resulta un conjunto complejo de elementos que requieren de importantes dosis de adherencia a los símbolos de su reproducción. Y esto no es nunca dejado al azar, con más o menos rigos “los poderosos consideran de vital importancia mantener las apariencias adecuadas a su forma de dominación”<sup>959</sup>, que en sus formas occidentales claramente pasa, aunque no exclusivamente, por la adhesión a las formas jurídicas. Lo anterior significa a su vez que dicho sistema no solo es portador de una dosis de fuerza y de disposiciones orientadas a ese dominio sino, a su vez una producción de discursos dominantes y subordinados que tiende a la naturalización de la situación, que, más allá de las críticas que Scot perfila a la teoría de la hegemonía, es claro al señalar como en ese proceso “El discurso oficial de las relaciones de poder es una esfera en la cual el poder parece naturalizado, porque las elites ejercen su influencia para conseguir precisamente eso y por que normalmente es útil a los intereses inmediatos de los subordinados evitar el desenmascaramiento de estas apariencias”<sup>960</sup>. Se impone el hecho que todo discurso genera en su producción esa doble perspectiva de imponer sus términos para mantener su centralidad, a la vez que el poder ser utilizado de alguna forma por los subordinados. De hecho señala como todos los discursos hegemonizantes adquieren esa matriz, como ha ocurrido con el discurso religioso por ejemplo. Pero adicionalmente, al centrarse en la esfera de los discursos de dominación, aparece doblemente claro que es un discurso de uso, que incluso abre a los dominados posibilidades de uso, y que por lo mismo requiere de otros instrumentos y dispositivos que permitan una administración estratégica de esos usos. De hecho, como lo señala expresamente “Cualquier ideología dominante con pretensiones hegemónicas debe, por definición, ofrecerles

---

<sup>959</sup> Scot, James. Op. cit. Página 111.

<sup>960</sup> Scot, James. Op. cit. Página 133.

a los grupos subordinados armas políticas que se puedan usar en el discurso público”<sup>961</sup>.

Queda claro en consecuencia que en esas situaciones materiales, políticas, económicas y culturales de dominación/subordinación se desarrolla un extenso e intenso juego de apertura e intercambio de discursos que permiten a su vez estrategias y escaramuzas políticas de mantención, reordenamiento del poder o de sobrevivencia. Pero ello nunca ocurre en un proceso neutro, desprovisto de tensiones ni fines políticos, así como tampoco exento de la pretensión de, mediante esas acciones, construir su verdad. “En la medida que la comunicación ocurre en circunstancias sociales, el lenguaje se encuentra saturado de relaciones de poder”<sup>962</sup>. Es en ese escenario de discursos y acciones performadoras donde tendrán lugar estrategias distintas y no de un mismo nivel, densidad ni oportunidad; y del resultado de todas esas acciones dependerá el resultado de confirmación o reescrituración del proceso social en que se juegan. Las acciones de unos y otros resultará dominantes pero nunca son predeterminadas ni limpias a su origen y su fin, sino que es su devenir el que “hace imposible una visión estática de la naturalización y la legitimación. Así, una elite dominante trabaja incesantemente para mantener y extender su control material y su presencia simbólica. Por su parte, un grupo subordinado se ingenia estrategias para frustrar y revestir esa apropiación y también para conquistar más libertades simbólicas”<sup>963</sup>.

Lo anterior sirve para excluir de entrada las reservas y argumentaciones, tanto principistas como esencialistas, en lo relativo a que el discurso y las prácticas sobre derechos humanos no admiten crítica alguna, ya por inherentes como por comprometidas con la humanidad. Y no sólo por que la humanidad misma como proyecto ha sido cuestionada severamente por parte de la filosofía del siglo XX y XXI, sino además por que como todo proceso cultural éste admite revisión de sus supuestos, pero sobre todo por que se trata de un proceso social con relaciones de poder y límites de exclusión e inclusión como cualquiera, de manera que a diferencia

---

<sup>961</sup> Scot, James. Op. cit. Página 152.

<sup>962</sup> Scot, James. Op. cit. Página 248.

<sup>963</sup> Scot, James. Op. cit. Página 276.

de las propuestas esencialistas y lógico positivistas, también los derechos humanos requieren desacralización para recuperar su uso por la comunidad.

Por ello, y en esto se enlaza el análisis de los discursos de James Scot con la Teoría Crítica de Joaquín Herrera, en el hecho que los derechos humanos, en su historicidad, en su operacionalización y sobre todo en su reclamo, no nacen del aire sino que representan una situación crítica de vulneración de condición de humanidad, que se contextualiza en demandas concretas frente a situaciones de poder/dominación/subordinación concretas, que hacen que en ningún caso su mención sea neutra. Decir derechos humanos depende también de quien lo diga, puesto que como lo señala el propio James Scot, “a menudo, la clase en el poder considera ventajoso tratar a los guerrilleros o a los rebeldes como bandidos. Al negarles el estatus que buscan en el discurso público, las autoridades deciden asimilar los actos rebeldes a una categoría que minimiza su ataque político contra el Estado”<sup>964</sup>. Así, el hablar de derechos humanos puede a su vez ser el reclamo por la condición de degradación de una persona, comunidad o grupo que ve vulnerada sus condiciones de humanidad, o bien ser la invocación invertida de los derechos humanos aplicada a la propiedad y el capital, o bien ser una especie de tibieza política entre ambos polos para demostrar humanitarismo.

Es conveniente ser cuidadoso con lo que se dice y se escucha acerca de los Derechos Humanos, ya que desde su escrituración moderna en 1948 viene siendo no un excuso social sino parte misma del discurso oficial, primero de los Estados que suscribían tratados humanitarios mientras mantenían colonias o campos de concentración y después por los grupos económicos que contra sus postulados de mundialización reclaman ciudadanía ante las crisis<sup>965</sup>. Este uso oficial de los

---

<sup>964</sup> Scot, James. Op. cit. Página 285.

<sup>965</sup> Lo anterior ha quedado de manifiesto frente a la crisis financiera global que estalló a partir del segundo semestre del 2008 conocida como “**Crisis Sub Prime**” y que amenaza con envolver al mundo entero en recesión y agotamiento de una lógica de producción y acumulación. Después de casi cuatro décadas de discursos y prácticas políticas de corte neoliberal, en que se clamaba por la reducción del estado al mínimo, los grandes grupos financieros mundiales vienen clamando por apoyo e intervención estatal de manera descarada. El punto mayor de aporía de ésta tensión la marca, sin duda, la intervención activa en la economía financiera, por primera vez en la historia, por parte de E.E.U.U. Lo novedoso no es la intervención de tipo keynesiano en la industria del automóvil o en la construcción de infraestructura pública sino los miles de millones de dólares que se han invertido en rescatar la existencia misma de la banca mundial, mediante el aporte de divisas de todos los ciudadanos, en los supuestos países de origen, lo que es abiertamente contradictorio con el discurso gerencial de

derechos humanos puede en consecuencia entenderse como parte del complejo arsenal que los grupos dominantes emplean para la mantención de su situación y carece por completo de neutralidad; es por el contrario un dispositivo de refuerzo y captura de la condición social de lo humano. Por lo mismo, como puede desprenderse de los estudios de Scot, no basta con que el discurso, sus enunciados o una parte de él, sus instrumentos de expresión y aplicabilidad sean eventualmente usados y hasta apropiados por los grupos subalternos para buscar de ésta forma y por medio de él también una apertura en el campo político-jurídico para sus demandas. Si recordamos que una de las conclusiones de Scot es que parte del discurso dominante brinda también expresión y herramientas políticas a los discursos dominados u ocultos, y que en verdad la ecuación final debe ser hecha en el campo total de lo político y no solo en lo retórico, para determinar, en lo definitivo, cual es la condición en que los subordinados quedan después del conflicto, con lo que se refuerza –una vez más– el hecho de ser cuidadoso con las euforias pro derechos humanos si no se analizan en profundidad las estructuras concretas de dominación que incluyen los usos de ida y vuelta del aparato teórico-práctico de este discurso de derechos. Los derechos humanos son un arma que desde el espacio del derecho estatal se tiende hacia los grupos subordinados, pero también es parte integrante – en tanto forma jurídica– de ese dispositivo de poder, ya que por un lado se sumerge en la lógica formal de la institucionalidad y por otro deja permanentemente expuesta la cuestión de su operacionalidad y concreción material y contextual.

Todo lenguaje, y en realidad también todo lenguaje, se encuentra inmerso y atravesado por las relaciones de poder en las cuales se genera, así como en las que y contra las cuales se debate; y esto no excluye a los derechos humanos. El discurso humanitarista es peligroso si no se analiza en detalle su uso, si no se establece claramente la posición y la disposición de intereses de los participantes, su lugar social, de clase, de género, de importancia y uso en las tramas de la economía. El poder atraviesa también a los derechos humanos en una tensión

---

que el mundo debía dejar de tener espacios nacionales para ser regido por órganos técnicos mundiales, léase Fondo Monetario Internacional, Cumbre de Davos u otros.

Para un resumen comprensivo del fenómeno en su origen puede verse [http://www.redtercermundo.org.uy/revista\\_del\\_sur/texto\\_completo.php?id=3278](http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=3278) visita del 31 enero del 2009.

política que obliga a analizar a quien sirve su invocación en tal o cual situación, sus usos como la protección de que objetivos y de cuales sujetos al ponerse en movimiento están en juego. Pero ocurre aún más de un modo biopolítico que no puede ser dejado de lado: el discurso de los derechos humanos admite un desdoblamiento en su dicción, que permite, si no se hace la salvedad ni la pausa de cuidado, que se reitere el *modus operandi* de las cesituras que mantienen la exclusión y las dominaciones.

Como hacen muchos estados, y el caso chileno con respecto al pueblo mapuche es un ejemplo mayúsculo, se puede mantener un discurso público de derechos humanos incluso con cierto importante despliegue formal de medios e instituciones normativos afines a éste, pero encubrirse a partir de ahí las violaciones cotidianas ya no al debido proceso sino a las tramas previas del conflicto; o a la manera del discurso del género (que ha quitado radicalidad a la crítica feminista) se puede ser defensor de los derechos humanos en público y violador de la dignidad del otro en privado; o incluso aprovechar ese discurso moral para justificar espacios delicados de relaciones poder, como pueden hacerlo dirigentes políticos con sus parejas o sus empleados, o defensores de derechos humanos con sus subordinados, como sus dependientes o en el caso de los profesores con sus estudiantes. Sí el campo de disputa por la ampliación de las libertades simbólicas queda trazado por invocar y reivindicar derechos, es verdad que queda delimitado el campo de discusión y resolución, pero para no perder de vista su objetivo de materialidad degradada requiere, permanentemente, cuestionar en los propios derechos humanos las falsedades que su discurso ayuda a encubrir e incluso a imponer, como son la pretendida universalidad de ellos, que encubre el discurso blanco occidental de desprecio por las otras culturas; así como también en la medida en que se centra la disputa en los derechos y no en las necesidades ni en los bienes o satisfactores de estas, permaneciendo como una disputa de enunciaciones y no de comprobación de efectivo acceso a los bienes materiales o a los dispositivos de equiparación e inclusión social, lo que mantiene el *status quo* sistémico capitalista, en época de plena crisis, en medio de un continuo y cada vez mayor despliegue de medios donde se aumenta el volumen para los discursos sobre los derechos a la par que se disminuye hasta el cero para con las necesidades, las carencias, las articulaciones y los objetivos de las comunidades, que centradas en

las necesidades de sus miembros, son radicalmente diferentes de los del mercado y del estado, como ya señalamos en otra parte de éste trabajo.

Ahora bien, para ayudarnos a develar ya no desde el análisis de los discursos ni desde la ciencia política ni la sociología, los beneficios y límites de los derechos humanos, su inversion y falseamiento como su potencia, pero ésta vez desde el interior de la cultura jurídico política en que se originan y despliegan, o como el autor preferiría decir, desde el interior del proceso cultural que los contiene, la Teoría Crítica de los Derechos Humanos de Joquin Herrera representa un aporte substantivo, ya sea para cuestionar como para preguntarse; para inquirir como para proponer; para develar contexto y materialidad; pero también para marcar sentido a la afirmación que vengo sosteniendo en este trabajo, el hecho de que es necesario no solo la crítica sino además contruir una propuesta jurídica integradora, un nuevo derecho no formal y abstracto sino material y finalista. Juridicidad Fati.

### **Una teoría crítica de los derechos humanos.**

Pensar los derechos humanos supone pensarlos de otro modo, de una manera distinta a los esencialismos, a los iusnaturalismos y a los formalismos; incluso de una manera distinta a las generaciones de derechos humanos, por mucho que ellas hayan avanzado al punto de vincularlos con el desarrollo. Sin una nueva racionalidad, los derechos humanos seguirán presos de su razón formal y su deficit de operacionalidad judicial.

“Cuando acudimos a las concepciones tradicionales de los derechos humanos que han predominado en el marco de la modernidad occidental capitalista, lo primero que resulta es su pretensión de universalidad, de constituir las pautas éticas y simbólicas a las que todo el mundo debe asentir dejando libre su racionalidad. Con esto lo que se hace es desplazar la primera tensión cultural hacia el campo de una acción social funcional a los intereses hegemónicos, pues cualquier tipo de universalismo apriorístico a lo que nos conduce es a legitimar la expansión, universalización o globalización de un particularismo”<sup>966</sup>,

---

<sup>966</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la Catarata. Madrid, 2005. Página 100.



Con ello se termina en consecuencia subsumiendo y anulando todo tipo de contextos, los materiales y los culturales. Y precisamente eso es lo que señala Joaquín Herrera, el hecho que esa otra forma de pensar el tema de los derechos humanos requiere a su vez de un doble movimiento de desenmascaramiento del particularismo occidental que constituye el pensamiento abstracto, así como de la afirmación de los derechos humanos como un producto cultural occidental de reacción frente a las situaciones de indignidad de los seres humanos.

Tal como había hecho en su libro *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Herrera sostiene que debe revisarse la forma de mirada sobre el que hacer humano, el que fue construido hacia la opacidad de las relaciones sociales a partir de la triple concurrencia del pensamiento neocontraculturalista, de la deuda externa que sometió a los países a órganos internacionales y del despliegue de la economía financiera impuso la apariencia de que la única dimensión de producción de los bienes y espacios comunes está dado por la productividad global capitalista, olvidando que es en verdad el trabajo humano, en su más amplio sentido el que produce los materiales que vemos. “A partir de estos fenómenos, se ha oscurecido la conciencia de que el trabajo (el hacer) humano sea la fuente de producción del valor social”<sup>967</sup>, con lo que no sólo se ha impuesto esa lógica, sino que nuevamente se ha perdido el contexto de realidad donde se verifican las relaciones sociales. Se ha verificado el efecto de naturalizar las relaciones y de desplazar lo cultural a un abstracto no relacional. Sin embargo, cuando hablamos de lo cultural no nos remitimos al arte o la erudición, sino que “nos referimos al proceso que permite justificar o criticar, legitimar o rechazar el conjunto de relaciones dadas entre los seres humanos y la naturaleza, tanto externa (naturaleza física) como interna (naturaleza psíquica) – y entre los diferentes grupos sociales que existen en un momento determinado (naturaleza social)”<sup>968</sup>, de manera que la imbricación entre todos estos espacios resulta fundamental para la forma como se realizará la acción humana sobre su entorno y las disposiciones en ella de los actores. De ésta forma

---

<sup>967</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página 23.

<sup>968</sup> Herrera Flores. Op. cit. Página 37.

señala que “un proceso cultural no es otra cosa que un conjunto de reacciones humanas que producen signos en función de las diferentes y plurales formas de relacionarnos con los otros, con nosotros mismo y con la naturaleza”<sup>969</sup>, y que ello es fundamental para conocer las acciones y resultados de los distintos grupos sobre su entorno.

Al poner el acento en el entorno y en las relaciones, Joaquín Herrera pretende en primer lugar llamar la atención sobre lo contextual y lo relacional antes que la existencia de esencialismos iusnaturalistas o contractualistas; pero también en indicar que las situaciones sociales, sus resultados y producción y reproducción dependen no de una naturaleza abstracta sino de las interacciones entre los elementos que concurren a ese entorno. Se emparenta así de alguna forma con la noción de geografía de Milton Santos en cuanto lo que resulta esencial comprender es la necesidad de complejizar la mirada sobre los fenómenos de relaciones entre sujetos, sus acciones, tiempo, espacio y territorio, de manera que el espacio donde se producen esas interacciones complejas será definido “como un conjunto indisoluble de sistemas de objetos y sistemas de acciones”<sup>970</sup>, que obliga a repensar complejamente lo que se hace sobre los lugares sociales, ya que enfrentando a esa reacción (cultural diría Herrera) el sujeto se ve obligado a redefinirse permanentemente, ya que “El lugar nuevo le obliga a un nuevo aprendizaje y a una nueva formulación”<sup>971</sup>, colocándonos en la posición de que, frente a la realidad cambiante, somos en verdad permanentes migrantes en proceso de reocupar el espacio.

En esta forma compleja de mirar la realidad -desde el inicio de ese ejercicio de mirada/reflexión/acción- como un conjunto de relaciones materiales, en lo que Herrera va a denominar “una nueva ontología de los derechos de fuerte carga materialista”<sup>972</sup>, y a diferencia de la óptica abstracta formal que ha guiado

---

<sup>969</sup> Herrera Flores. Op. cit. Página 287.

<sup>970</sup> Santos, Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 18.

<sup>971</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 281.

<sup>972</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la Catarata. Madrid, 2005. Página 238.

mayoritariamente el hacer jurídico moderno, el proceso cultural en que discurre la cuestión de los derechos humanos es para nuestro autor clave. A diferencia de propuestas como la de Rawls en que con solo pensar racionalmente debiera llegarse a soluciones justas, la propuesta es más bien el señalar que “desde el inicio hay que reconocer que hablar de derechos humanos requiere no solo hacerlo de distribuciones más o menos justas, sino, asimismo y fundamentalmente de relaciones de poder que funcionan oprimiendo, explotando y excluyendo a muchos colectivos de personas que exigen vivir dignamente”<sup>973</sup>.

En este ejercicio complejo de reflexión/acción los derechos humanos deben ser también comprendidos en forma a la vez compleja que directa sin ser simple. Me explico, si bien Joaquín Herrera señala, en resumen, que deben entenderse y comprenderse por derechos humanos todas y cualesquiera luchas por la dignidad humana, en cualquier lugar y contexto cultural que se de, con prescindencia de si se aplica la ratio occidental o no, lo que hace es elaborar un conjunto de observaciones complejas sobre el tema, de manera que, bajo ese axioma, se encuentra un proceso de investigación y desarrollo situacional. Así, al entender los derechos humanos como productos culturales de resistencia frente a las estructuras de dominación capitalista global se pueden decir de los derechos humanos tres cosas: primero que hay que entenderlos dentro del marco de las formas hegemónicas de producción de riqueza y de pobreza; segundo, “tenemos que entender los derechos humanos como categorías que tienen mucho que ver con los procesos dominantes de división social, sexual, étnica y territorial del hacer (desde los que se jerarquiza desigualmente el acceso a los bienes necesarios para una vida digna)”<sup>974</sup>; y tercero, que este contexto se compone a su vez de un aspecto subjetivo u organizativo, es decir de como esos grupos se organizan para reaccionar ante los fácticos que provocan esa indignidad contra la que reaccionan. En ese cruce de contexto de dominación, espacios de segregación y organización-reacción frente a ellos es

---

<sup>973</sup> Herrera Flores. Op. cit. Página 42.

<sup>974</sup> Herrera Flores. Op. cit. Página 223.

donde late la principal característica de éste hacer, que denomina **conatus**<sup>975</sup>, es decir la potencia de esa multitud para transformar esas relaciones de contexto.

“Los derechos humanos, pues, deben ser vistos como la convención termiológica y político-jurídica a partir de la cual se materializa el conatus que nos indice a construir tramas de relaciones –sociales, políticas, económicas y culturales- que aumenten las potencialidades humanas”<sup>976</sup>. Traducido esta potencia en sus momentos cultural, político y social se traducen en la triada libertad, igualdad, fraternidad; es decir en la capacidad de decidir ponerse en marcha contra esos procesos, de señalar las redistribuciones que esas luchas exigen, y los procesos colectivos de empoderamiento. De hecho, cuando hablamos de derechos humanos como luchas contra las relaciones capitalistas destacan los tres elementos de a) el resultado del conjunto de luchas antagonistas; b) los espacios de lucha donde se desarrollan y c) la dignidad humana como motor y como objetivo.

Tenemos así dos definiciones centrales y cuatro categorías claves en Joaquín Herrera para entender su concepción de Derechos Humanos como Proceso Cultural:

#### Primera definición, **los derechos humanos como proceso**:

“Los derechos humanos deben ser entendidos, pues, como los procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuren materialmente – a través de procesos de autoimposición de deberes y de construcción de un sistema de garantías amplio, político, político y democrático- ese acto ético y político maduro y radical de creación de un orden nuevo; y, por otro, la matriz para la constitución de nuevas prácticas sociales, de nuevas subjetividades antagonistas, revolucionarias y subversivas de ese orden global opuesto

---

<sup>975</sup> El término ha sido tomado prestado de Baruch Espinoza, para señalar la potencia de la mente/cuerpo para cerciorarse y producirse a si mismo en su contexto: “*Cada cosa se esfuerza, cuanto está a su alcance, por perseverar en su ser*”, lo cual es irreductible a la cosa considerada como cuerpo, sino que se explica en interacción mente-cuerpo, el espíritu se autocerciora en su cuerpo, con lo que toda cosa logra y es capaz de perseverar en su ser, así la proposición XI de la parte III del mismo texto: “*La idea de todo cuanto aumenta o disminuye, favorece o reprime la potencia de obrar de nuestro cuerpo, a su vez aumenta o disminuye, favorece o reprime, la potencia de pensar nuestra alma*”. Fallas Vargas, Fabrizio. *El conatus como categoría radical en la teoría política de Spinoza*. <http://www.vinv.ucr.ac.cr/latindex/filosofia-106/04-FALLAS-Con-25.pdf> Visita 4 de Febrero 2009.

<sup>976</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la Catarata. Madrid, 2005. Página 245.

absolutamente al conjunto inmanente de valores –libertad, fraternidad e igualdad- que tantas luchas y sacrificios han necesitado para su generalización”<sup>977</sup>.

Proceso de subjetividad antagonista y generación de potencia; construcción de garantías, creación de un orden nuevo con imposición de nuevos valores solidarios y colectivos son la parte esencial de este acto político transformador que es toda lucha por los derechos humanos.

Segunda definición, **los derechos humanos como sinónimo de la dignidad humana.**

“La dignidad se sustenta en la capacidad de analizar, elucidar, hacer visible y, por lo tanto, intensificar las luchas que se desarrollan en torno al poder, las estrategias de los adversarios en el seno de las relaciones de poder, las tácticas utilizadas, los núcleos de resistencia”<sup>978</sup>.

Se trata pues no de un concepto esencialista sino de un proceso de dignificación en construcción que se origina y termina en su reconocimiento y se potencia en la medida que esas luchas por la dignidad se verifican.

Cuatro categorías adicionales nos permiten comprender a cabalidad este modo de acción que Herrera denomina *proceso de reacción cultural de derechos humanos*: un discurso de afirmación del proceso, una conjunto de acciones sobre su espacio, una comprensión materialista del contexto y los procesos y una voluntad de poder que determinan la potencia del proceso.

De vuelta al principio, los Derechos Humanos en definitiva son eso, un proceso cultural de reacción frente a contextos de opresión, subordinación, discriminación, exclusión e indignidad. Ese proceso múltiple y complejo que es de lucha por la afirmación del propio proceso de transformación de la realidad de indignidad en que se vive, pero también de afirmación de nuevas prácticas de poder,

---

<sup>977</sup> Herrera Flores. Op. cit. Página 266.

<sup>978</sup> Herrera Flores. Op. cit. Página 273.

de nuevos valores, de transformaciones del contexto, el entorno y la propia subjetividad.

Hasta aquí sin embargo lo señalado por Joaquín Herrera Flores parece más bien una reacción, que él llama cultural, contra el orden capitalista global y que combate no solo ese orden en una perspectiva de recuperación del contexto y de afirmación de la potencia política del que lucha, sino que a su vez intenta ser una reapropiación de entorno y de valores. Necesitamos sin embargo volver a dinamizar el punto para intentar comprender primero, en que medida el antagonismo de esta lucha es una crítica al esencialismo; segundo, en que medida es y puede ser una crítica jurídica a la noción de derechos humanos; tercero, cual es la intención política de Herrera; y cuarto, cual es la dimensión operacional de su planteamiento, para situar así su potencia y su condición de posibilidad.

La primera crítica fundamental de Herrera a lo que podemos llamar *Doctrina de los Derechos Humanos* radica en una crítica ideológica a las concepciones idealistas y sustancialistas que se alojan en la base de sus planteamientos y que consideran a la dignidad humana como una cuestión en sí y a los derechos humanos como una realidad existente pero por concretar. “Los derechos humanos no son categorías normativas que existen en un mundo ideal que espera ser puesto en práctica por la acción social. Los derechos humanos se van creando y recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad”<sup>979</sup>; lo que alberga tres dimensiones a develar, la de los esencialismos, la del universalismo y la del orden estructural de un sistema internacional de derechos.

A nivel de las ideas que sustentan la visión tradicional de los derechos humanos como un esencialismo en su origen constituye una argumentación ideológica de corte racionalista justificadora de un determinado proceso de generación de hegemonía. Herrera se sitúa en la línea de otros autores (Bakunin, Marx, Nietzsche, Hobsbawm, Foucault) que ya han efectuado radicalmente crítica y demostración de lo falaz de la pretendida racionalidad totalizante del logos, cuando

---

<sup>979</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal*. Varios Autores. Desclée de Brower. Bilbao. 2000. Página 27.

señala que “En vez de considerar las ideas como situadas en los contextos sociales donde interactúan los sujetos, el discurso competente y racional (a priori) coloca al sujeto y sus relaciones en las ideas. Con esto la abstracción deja de ser un esfuerzo por trascender e ir más allá de los que no se considera relevante para las finalidades prácticas del discurso, y se convierte en un esfuerzo ideológico que intenta salvar, perfeccionándolo formalmente, un modelo teórico previo que, al final, tenderá a presentarse como la formulación de una esencia de carácter esencial”<sup>980</sup>. En ello entonces no radica la novedad, pero si hay que atender a una advertencia que, en la línea de su trabajo de largo plazo sobre procesos culturales e interculturalidad nuestro autor efectúa cuando, tanto textos diversos señala que “Absolutizar una verdad supone, pues, relativizar la existencia de todas las demás”<sup>981</sup>, provocando así claramente un proceso de dominación cultural sobre las expresiones distintas de subjetivización humana, lo que implica no solo desconocerlas sino primacía de unas sobre otras que, en ese proceso de luchas antagónicas que implican obtener dignificación de resultado, conlleva incluso una sanción para aquellas que no se ajusten al orden señalado.

Frente a las posiciones de raíz kantiana y hegelianas en que el problema consiste no en conocer la realidad del mundo material sino en como reconocer el mundo sin el mundo, en que “la ley moral se deriva única y exclusivamente de sí misma y no puede, por trascendental, estar tocada o contaminada de contextos sociales reales, derivamos en una concepción reflexiva, vale decir narcisista de la Razón, la cual solo puede mirarse a sí misma desde sí misma”<sup>982</sup>, el verdadero imperativo señala Herrera es recuperar la realidad en su carácter material y relacional, de manera que las formas dejen su lugar a las efectivas relaciones de producción social y la cultura oficial sea desplazada no hacia la descripción sino hacia la acción, de modo que quede establecido que en todo proceso cultural “No se

---

<sup>980</sup> Herrera Flores, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2005. Página 130.

<sup>981</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal*. Varios Autores. Desclée de Brower. Bilbao. 2000. Página 35.

<sup>982</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la Catarata. Madrid, 2005. Página 79.

hace cultura: se hace desde la cultura”<sup>983</sup>, de manera que no existe una sola forma de intervenir en el mundo sino que depende del entorno y la posición en la que se hace esa cultura.

De allí que nuestro autor pueda decir, por ejemplo, que no hay ni un universalismo neutro sino que una cultura que busca expandirse y hegemonizar, ni existe condición humana universalizable, como señala Hanna Arendt, que permita, bajo los horrores diarios, señalar que existen derechos humanos subyacentes “producto privilegiado de esa condición humana rastreable desde el inicio de nuestra hominización”<sup>984</sup>. Más bien el conjunto de atrocidades cotidianas demuestran que esa condición de humanidad es un estatus a construir y que requiere, dado los datos de realidad, precisamente lucha antagonista en contra de lo que las provoca. La idea occidental de humanidad que admite ese doble rasero no necesariamente es la idea de humanidad total sino el que la cultura occidental ha levantado como hegemónica, expande y cuando no impone. Por lo mismo no es posible levantar un solo y particular orden estructural de los derechos humanos contruidos a partir de una cierta lucha por las garantías como la forma universal y universalizable de su acceso, menospreciando las demás culturas en que existen a su vez luchas de dignidad presentes.

Ante la pregunta que el mismo formulase en otro artículo publicado el año 2000, en cuanto a si “¿existe algún criterio que nos permita apelar a lo humano sin caer en esas abstracciones ideológicas?”<sup>985</sup>, haya respondido cinco años mas tarde construyendo la noción de proceso cultural para amplair la base epistemológica y política de los derechos humanos.

---

<sup>983</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005. Página 61.

<sup>984</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la Catarata. Madrid, 2005. Página 75.

<sup>985</sup> Herrera Flores, Joaquín. *La riqueza humana como criterio de valor*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal*. Varios Autores. Desclee de Brower. Bilbao. 2000. Página 247.



El segundo nivel de crítica es, en consecuencia por lo mismo, ya directamente una crítica a la concepción jurídica de los derechos humanos bajo las formulas abstractas y contractualistas expandidas de la juridicidad moderna y occidental.

Así como todo el derecho y con ello la misma forma jurídica no son instancias neutras sino marcadas por la intención de su contenido y las formas del lenguaje empleadas con él, tampoco de los derechos humanos se puede señalar que sean una formula jurídica suprapolítica, objetiva y neutra. “Los derechos humanos, como, por lo general, todo fenómeno jurídico y político, están penetrados por intereses ideológicos y no pueden ser entendidos al margen de su trasfondo cultural”<sup>986</sup>. Precisamente, todo el proyecto jurídico occidental moderno está atravesado de esa pretensión de universalidad y neutralidad que unifica, uniforma y excluye.

Todas las formas jurídicas elaboradas desde la intitucionalidad que articula estado y mercado en perjuicio de la comunidad se centran en aquello. “Las diferencias parecen interferir en dicho proceso de cosntrucción jurídica y política de la igualdad formal o la igualdad de oportunidades, el cual requiere la homogeneidad social como base imprescindible”<sup>987</sup>. Esta ratio excluye en el nivel nacional de los derechos las diferencias de ciudadanía y en el internacional las diferencias culturales. En línea con la razón unica y la universalización de una idea de hombre se requiere construir un mito de homogeneidad que es entregado con la segregación entre contratantes partes y quienes quedan fuera de ese proyecto social. “El contractualismo supone, pues, la construcción de una percepción social basada en la identidad que se da en el espacio público,garantizado por el derecho y en la expulsión de las diferencias al ámbito desestructurado, e invisible para lo institucional, de lo privado”<sup>988</sup>. Ello es lo que permite que se extienda la idea de que los derechos pueden escribirse y ser validos para todos, excluyendo contextos, estructuras y diferencias. “El derecho no reconoce necesidades, sino formas de

---

<sup>986</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal*. Varios Autores. Desclée de Brower. Bilbao. 2000. Página 23.

<sup>987</sup> Herrera Flores, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2005. Página 58.

<sup>988</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pagina 59.

satisfacción de esas necesidades en función del conjunto de valores que predominen en la sociedad de que se trate. Al no formalizar necesidades sino formas de satisfacción de las necesidades, el derecho ostenta un fuerte carácter de abstracción<sup>989</sup> y todo sujeto debe someterse a esas formas para requerir y para ejecutar.

Llevado ésta lógica al plano de los derechos, con independencia de las intenciones que se enuncian, el resultado es el mismo señala Herrera. Así como la noción de humanidad que alberga el concepto ha llevado implícita la idea liberal individualista del sujeto individuo, “el término derecho ha servido para presentar los derechos humanos como si pudieran ser garantizados por sí mismos sin la necesidad de otras instancias”<sup>990</sup>, de manera que todas las construcciones de estatutos, cartas e instituciones, tanto en el derecho nacional como internacional, está construido bajo la lógica formal y con prescindencia del contexto de aplicación, como si un solo modelo de garantizar los derechos humanos fuese admisible en todo lugar, como si su generación, su interpretación, su aplicación no dependiese de voluntad ni intención política previa, olvidando el origen político de las cartas de derechos humanos que constituyeron expresión de luchas y posiciones que adquirieron juridicidad. Ello hace una vez más también en este plano, olvidar las narraciones y significados que a los hechos cada cultura da y como llegar a un punto de solidez que busque completar la dignidad.

Por ello es que el paradigma de lo jurídico en materia de derechos humanos requiere centrarse en las necesidades y contextos y no en las formas e instituciones, constituirse en una práctica interpretativa que considere los contextos y que haga de las necesidades de quienes reclaman por su dignidad la verdadera *grund norm* de su acción. A nivel internacional a diferencia de uno construido en la lógica del neo-liberalismo y etnocentrismo nacional sino uno que admita a diferentes actores, recoja las diversas formulas, foros sociales, nacionales y mundiales y procese un conjunto

---

<sup>989</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pagina 63.

<sup>990</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los libros de la Catarata. Madrid, 2005. Página 200.

de prácticas que superan ese orden individualista y esencialista de la Declaración Universal.

Lo que caracteriza la opción de Herrera Flores es la superación de un marco de garantías exclusivamente intrajurídico, que permita abandonar las visones abstractas del derecho que magnifican el papel solitario de éste en la garantía y protección de individuos y grupos y la conjugue con un espectro amplio de garantías de corte político, económico, social, cultural y por supuesto jurídico que consolide y garantice los resultados de los procesos de las luchas sociales por una vida digna.

El tercer nivel de la crítica dice entonces relación con las intenciones políticas que subyacen en la crítica a un sistema de derechos humanos que se subsuma en la neutralidad instrumental. De ésta forma cuando Joaquín Herrera habla de una radicalidad materialista a la vez que antagonizar con los idealismos, asume una postura antineoliberal, antipatriarcal e intercultural de compromiso con las necesidades humanas. Trabajar por los derechos humanos es en su propuesta una apuesta por la recuperación de la acción política. “La recuperación de lo político (*polemos y polis*, es decir, la posibilidad de los antagonismos frente y dentro del orden de la ciudad), es una de las tareas más importantes de una teoría crítica y compleja de los derechos humanos. Con ello romperíamos del todo con las posiciones naturalistas que conciben los derechos como una esfera separada y previa a la acción política democrática”<sup>991</sup>. Se trata –dice- de pasar de una ontología de la presencia a una ontología de la potencia, que permita llevar a la práctica política-estratégica los principios que representa hablar de los derechos humanos, revindicando una concepción amplia y corporal de los derechos humanos, que fuera de toda abstracción interpretativa constituya una reivindicación impescindible de derechos a la integridad corporal, a la satisfacción de las necesidades y a los derechos de reconocimiento, de manera que radicalmente se opte por un trabajo de derechos humanos que elabore un nuevo concepto de justicia y equidad que

---

<sup>991</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal*. Varios Autores. Desclée de Brower. Bilbao. 2000. Página 27.

suponga “pasar de una concepción representativa del mundo a una concepción democrática en la que primen la participación y la decisión colectivas”<sup>992</sup>.

Desde esta posición entonces no hay formalismo ni neutralidad posible. Cada vez que se elabora un trabajo en materia de derechos humanos, ya sea para la organización de sujetos en lucha antagonista contra la dominación, para la reivindicación de derechos y obtención de garantías o la reclamación judicial de éstos, no cabe neutralidad alguna, sino que se va incluso más allá del hecho de considerar los valores de los derechos humanos como valores objetivos de obligatoriedad erga omnes, implica tomar postura militante contra toda dominación, partiendo resueltamente por el contexto capitalista neoliberal que hegemoniza la mundialización y que se expresa en todos los espacios de control; lo que lleva a nuestro autor a tener una posición que va aún más allá que las posturas formalistas de compromiso con los derechos humanos hasta un proceso cultural de reacción y redefinición del contexto.

Pero falta un espacio de desarrollo más para esta teoría que nos permita conocer la aplicabilidad de la misma, y que nos indiquen cuales eran, en ese sentido, las pretensiones de su autor. Al respecto, en un documento sobre interculturalidad del 2003 Joaquín Herrera sitiaba este debate de los derechos humanos en su objetivo donde “Lo relevante es construir una *cultura de los derechos* que recoja en su seno la universalidad de las garantías y el respeto por lo diferente”<sup>993</sup> que se establece a partir de una visión compleja de los derechos humanos, de una racionalidad de resistencia y de una práctica intercultural. Como ya sabemos, contra el universalismo y su imposición de parámetros descontextualizados contra toda otra racionalidad que no sea la formal, la pregunta que Herrera levanta es aquella que se pregunta “¿quién decide tratar a esos elementos como equivalentes y con qué fines aparecen como objetos que se sostienen entre sí sin referencia a sus contextos sociales, económicos, políticos o

---

<sup>992</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 71.

<sup>993</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia*. Paper de trabajo. 2003. Inédito. Página 4.

culturales?”<sup>994</sup>; Y que su respuesta exige buscar sobre los paradigmas de quienes imponen esa dominación cultural, tanto desde el universalismo de lo occidental expansivo como de los localismos a ultranza.

“Nuestra racionalidad de resistencia conduce, pues, a un *universalismo de contrastes, de entrecruzamientos, de mezclas*. Un universalismo impuro que pretende la interrelación más que la superposición. Un universalismo que no acepta la visión microscópica que de nosotros mismos nos impone el universalismo de partida o de rectas paralelas. Un universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de cierre, sea cultural o epistémico, a favor de energías nómadas, migratorias, móviles, que permitan desplazarnos por los diferentes puntos de vista sin pretensión de negarles, ni de negarnos, la posibilidad de la lucha por la dignidad humana”<sup>995</sup>.

Se trata de un universalismo de llegada. Ese esfuerzo de avance es el que requiere una necesaria práctica intercultural que supere los multiculturalismos, que incluya un sistema de superposiciones entrelazadas, una práctica social nómada “que no busque “puntos finales” al cúmulo extenso y plural de interpretaciones y narraciones y que nos discipline en la actitud de movilidad intelectual”<sup>996</sup> y una práctica social híbrida que no pretenda teorías ni acciones puras sino pensamientos y prácticas impuras.

Para obtener ese universalismo de llegada, es decir en que el proceso de integración que se efectivice y no solo positivice los derechos humanos se requiere una perspectiva integral de interculturalidad. “Reivindicar la interculturalidad no se detiene en el, por otro lado, necesario reconocimiento del otro. Es preciso, también, transferir poder, “empoderar” a los excluidos de los procesos de construcción de hegemonía. Y, asimismo, trabajar en la creación de mediaciones políticas, institucionales y jurídicas que garanticen dicho reconocimiento y dicha transferencia de poder”<sup>997</sup>.

---

<sup>994</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 8.

<sup>995</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 11.

<sup>996</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 12.

<sup>997</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 15.

Parte de la respuesta a ese necesario proceso práctico y ya no teórico, que late desde la reflexión que acabamos de rescatar, es la que ha sido descrita a partir de la figura que él denominó del *Diamante Ético como marco pedagógico y de acción*<sup>998</sup>.

Para efectuar esa aproximación a la comprensión y a la definición de tareas para la concreción de los Derechos Humanos, Herrera propone una metodología que consiste en situarlos en lo que denomina “El Diamante ético” como marco pedagógico y de acción, con el cual pretende “ofrecer una figura útil para la enseñanza de un tema tan plural, tan híbrido y tan impuro como es el de los derechos humanos. Y al mismo tiempo plantear las bases que permitan construir una práctica compleja que sepa unir los diferentes elementos que lo componen”<sup>999</sup>. Así construye una figura en base a la ordenación de los siguientes elementos de análisis, en dos capas de trabajo, primero una constituida por categorías que forman la sociedad a un nivel general: ideas, relaciones sociales de producción, de género o étnicas, Instituciones, Fuerzas Productivas que componen los procesos sociales y económicos; y una segunda que dice relación con el contexto de desenvolvimiento de los mismos: posición disposición, narración, temporalidad/historicidad.

El cruce de éstos conceptos permite dibujar una figura de trabajo de amplia comprensión de los derechos humanos, que pasa de la visión abstracta de racionalidad formalista y prácticas universalistas o de una visión localista estrecha, de racionalidad material/cultural y prácticas localistas a un tercer vértice constituido sobre **una visión compleja en una racionalidad de resistencia y una práctica intercultural**, pasando de “una concepción representativa del mundo a una concepción democrática en la que primen la participación y la decisión colectivas”<sup>1000</sup>. En ésta concepción, en definitiva, “Los derechos humanos no son

---

<sup>998</sup> El diseño original del Diamante Ético se encuentra en Herrera Flores, Joaquín. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal*. Varios Autores. Desclée de Brower. Bilbao. 2000.

<sup>999</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 54.

<sup>1000</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 71.

únicamente declaraciones textuales. Tampoco son productos de una cultura determinada. Los derechos humanos son los medios discursivos, expresivos y normativos que pugnan por reinsertar a los seres humanos en el circuito de reproducción y mantenimiento de la vida, permitiéndonos abrir espacios de lucha y reivindicación”<sup>1001</sup>.

De ésta forma el diamante ético queda conformado e ilustrado de la siguiente forma:

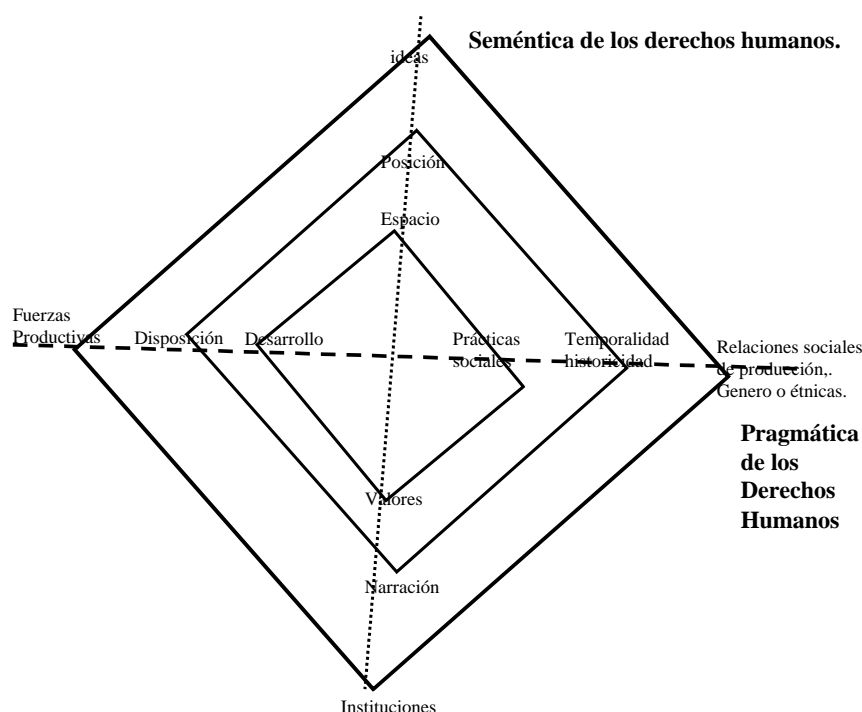


Ilustración 14. Diamante ético de Joaquín Herrera Flores.

Para trabajar sobre esta figura y sobre todo considerando el núcleo central de ella, sus elementos de espacio, desarrollo, prácticas sociales y valores, pueden seguirse las siguientes pistas que él menciona:

<sup>1001</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 78.

1. Los derechos deben ser estudiados, enseñados y practicados desde las diferentes posiciones que ocupan en los contextos determinados. Es en los espacios determinados que “se dan procesos que conforman la correlación de fuerzas en los ámbitos social, normativo y político”.<sup>1002</sup>

2. Para analizar un texto de derechos humanos resulta muy importante analizar que valores lo conforman para ver de que manera se acercan o se alejan de una visión amplia y contextualizada de la dignidad humana. “Desde nuestra visión, la dignidad humana se compondría de la conjunción de los valores de libertad, igualdad y vida”<sup>1003</sup>.

3. El análisis de esos valores y derechos y la forma como se distribuyan más o menos equitativamente los bienes marcará el nivel de desarrollo, y sabemos que no existirán derechos humanos donde no hay desarrollo.

4. La forma “Como nos organicemos es en la actualidad un fin en si mismo puesto que constituye gran parte de la base del mensaje que planean los movimientos sociales”<sup>1004</sup>, de manera que trabajar con derechos humanos implica hacer práctica de ellos también en lo organizacional del trabajo.

5. Para efectos pedagógicos se puede elegir para el análisis la línea horizontal o vertical del diamante. “Si elegimos la visión vertical, es decir, los derechos vistos desde las ideas, la posición, los espacios, los valores, las narrativas y las instituciones, estaríamos ante una semántica de los derechos (como entendemos los derechos, sus sentidos, sus significados, sus potencialidades teóricas y políticas). Y si elegimos la visión horizontal ... estaríamos ante una pragmática de los derechos (como se transforma, bajo

---

<sup>1002</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 61.

<sup>1003</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 63.

<sup>1004</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 65.



que condiciones podemos plantear prácticas innovadoras, con que obstáculos nos encontramos a la hora de dinamizar los derechos)”<sup>1005</sup>.

6. Se trataría de concretar esto en una metodología que permita definir sentidos diferenciadores de otras, tanto para la investigación como para las praxis.

En definitiva, lo que Joaquín Herrera ha hecho al levantar su Teoría Crítica de los Derechos Humanos es, desde mi punto de vista, el intentar responder en esa área particular del discurso jurídico y un poco más ampliamente en medio de una cierta práctica cultural social relacionada más o menos densamente con los derechos humanos, preguntas sobre la crisis o agotamiento de las formas, instrumentos y racionalidades que el paradigma político, cultural, social y jurídico de la modernidad, especialmente en su más reciente formulación capitalista global impone a las comunidades humanas. A diferencia de otras propuestas próximas que comprenden las teorías críticas del derecho, que se mueven en debates –diríase- mucho más duros, más disciplinares, Joaquín Herrera intenta situarse en un área de menor densidad jurídica pero mayor significación cultural, en que políticamente desde un principio puede ser más evidente el signo del actuar, pero que por lo mismo tiene aún más extremadamente presentes los extremos simbólicos y políticos del derecho. Lo hace en una tetra perspectiva de debate ideológico, de producción de un espacio cultural de apertura por la apuesta integral de desarrollo que suponen los derechos humanos, de ejercicio pedagógico para la investigación y el debate, un programa de investigación; y de avance en la formulación de metodologías operacionales.

Si de su propuesta se obtienen, hasta el momento de su desarrollo actual, una acción epistemológica contra-idealista materialista para definir el debate; una actividad que se acerca, sin plantearse abiertamente, a una hermenéutica de radicalidad materialista contextual para el análisis de los derechos humanos; la elaboración de elementos de análisis de situaciones concretas mediante conceptos claves como desarrollo, dignidad, contexto, interrelación; y una perspectiva

---

<sup>1005</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Pág. 67.

radicalmente intercultural; se trata de una teoría que habiendo planteado sus bases epistemológicas y políticas se encuentra en los inicios de una segunda etapa de aproximación a problemáticas específicas mientras además formula su plan de trabajo general. Así por ejemplo lo ha hecho en su libro sobre opresiones patriarcales, en que avanza en pistas específicas de sus nudos problemáticos, pero me parece que es una sólida propuesta en ciernes. Probablemente y no obstante el esfuerzo del diamante ético, su aspecto operacional es la parte aún más débil del trabajo; pero también es verdad que no se trata ni pretende serlo, una teoría cerrada y definitiva, que ha formulado un buen núcleo argumental que permite abrir esas otras preguntas a problematizaciones específicas, se requieren esfuerzos generales en ese sentido, y sería deseable que a partir de ella se internase además en campos hermenéuticos e instrumentales. Pero también es cierto que ninguna teoría impura se desarrolla completamente por un solo autor ni en un solo esfuerzo, sino que precisamente requiere diálogos, y allí hay desafíos para este proyecto de investigación acción.

Intentaré nuevamente retomar la visión general sobre el tema para situar en ella a esta teoría como a la doctrina de los derechos humanos como garantías, para en ese paralelo intentar hacer aparecer otras preguntas, que de ese cruce puedan resultar.

### **Salir del mito, irrumpir en lo real.**

En la introducción al libro colectivo *Irrompendo no real. Escritos de teoría crítica dos direitos humanos*<sup>1006</sup>, originado en el marco de la versión 2005-2006 del Doctorado de Derechos Humanos y Desarrollo dirigido por Joaquín Herrera, éste escribe: “Estamos asistiendo a un cambio en la concepción de los derechos humanos. En otros términos, estamos siendo testigos de la construcción de un nuevo proceso de luchas por las particulares concepciones de la dignidad

---

<sup>1006</sup> Irrompendo no real. Escritos de teoría crítica dos direitos humanos. Varios autores. Educat. Pelotas. 2005.

humana”<sup>1007</sup>, transitando entre los textos de un estatus jurídico a una sumisión a la fase de transición global del capital por una parte, y a un proceso de luchas sociales por la dignidad por otra. En este proceso, señala, se deben “construir teorías intempestivas que irrumpen desde lo más inmediato que tenemos: nuestros cuerpos, nuestras resistencias, nuestra subjetividad”<sup>1008</sup>, de manera de irrumpir, en esta lucha por los derechos, frente a las opciones formalistas, “desde una perspectiva metodológica y una visión de los intersticios que podemos utilizar para construir una teoría crítica de los derechos humanos”<sup>1009</sup>. Se agrupan allí, en el libro, un pequeño puñado de autores que comparten, en líneas gruesas, estas perspectivas y vienen entonces a constituir un polo de análisis sobre lo que ellos y otros sujetos y actores realizan.

Cabe entonces proponerse, como marco de análisis, el plantearse el hecho de si ésta Teoría pretende marcar un polo del debate, debe extenderse el arco de éste para encontrar comparaciones y diferencias que hagan ese diálogo. Con lo anterior, y considerando las posiciones gruesas, se nos sitúa en la existencia de a lo menos tres grandes núcleos de propuestas teóricas sobre los derechos humanos: la perspectiva esencialista, la objetivista-garantista y la teoría crítica. Intentaré por lo mismo, resumiendo los planteamientos de cada una, centrar ese debate en las tareas pendientes que, sobre todo para una Teoría Crítica de los Derechos Humanos, emanan a partir de la relación de ésta lucha por los derechos con el contexto en que nos encontramos al fin de la primera década del siglo veintiuno.

Tal como señalamos al principio de éste capítulo, para la teoría tradicional, de raíz positivista tanto en la perspectiva nacional como internacional, el problema de los derechos humanos se inicia en la existencia de una esencia de humanidad que es necesario resguardar y garantizar, y que se encuentra definida por la libertad como autonomía y la propiedad privada como base de ella, y se establece aquel como un orden racional que es necesario, mantener, consolidar y expandir universalmente, ya que en él radican lo fundamental de la esencia y las libertades

---

<sup>1007</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 17.

<sup>1008</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 31.

<sup>1009</sup> Herrera Flores, Joaquín. Op. cit. Página 44.

humanas. Se trabaja en éste modo de producción de los derechos humanos con la idea de un orden necesario y establecido, con una idea de sociedad consistente en la repetición de valores y realidades que se dan por hechas y supuestas. Quienes adhieren a estas posiciones presentan diversos signos y sin embargo, subyace en sus discursos su perspectiva a la vez kantiana que iusnaturalista, donde el origen se prolonga en tiempos lineales, siempre posibles de extender arqueológicamente, sin contextualizar el origen histórico concreto del proceso moderno de derechos en sus hitos de lucha de la burguesía contra el antiguo régimen. Si bien su base estaría en una esencia no escriturada, y como para todas estas posturas se requiere una articulación jurídica formal, la legislación o los tratados internacionales cubren dicho lugar, ya que completan el orden jurídico interno, por lo que existe allí un proceso de juridización de los derechos humanos sobre los que hay que trabajar. En el plano internacional se ciñe a los mecanismos del modelo de derecho internacional público entre naciones.

Usando para el análisis categorías tradicionales del derecho, como son las fuentes, fines y funciones del derecho, los valores en juego, los sujetos intervinientes, los mecanismos de ejercicio de esos derechos, el tipo de hermenéutica empleada y la forma de cierre de dichos procesos, podemos efectuar un análisis diferenciador de ésta y las otras propuestas: Para empezar, intentaré obtener un perfil muy preciso de ésta propuesta que puede ser llamada ius-humanista:

- La **fuerza** del derecho es dualista, es decir, una idea de derecho y su expresión en la normatividad. La esencia de los derechos humanos es una esencia de humanidad a discernir; las fuentes formales son las que provienen del derecho positivo, y que en tanto tales marcan su operabilidad y disponibilidad dentro del orden jurídico institucional formal.
- Su **finalidad jurídica** es salvaguardar un orden racional de humanidad, en que se respeten los atributos que se han definido como valores esenciales para un orden civilizado de lo humano, es decir libertad y propiedad, y de allí, seguidamente, el orden.
- La **función** es la de establecer un mínimo de humanidad discernible, de manera que frente a cada situación de violación de los

derechos contemplados en estatutos normativos, pueda reclamarse un espacio de adecuación de la realidad a ese sistema de derecho, que reponga el orden que en esos valores deben sustentarse.

- Los **valores** que se promueven son aquellos que emanan de su historia, en que sin hacer estricta mención a ella y de los objetivos políticos de esa fundación, son los que latén en su contenido: libertad en tanto autonomía, propiedad privada, seguridad jurídica, orden y cohesión social. Si bien se ha articulado una larga lista de subvalores en las sucesivas generaciones de derechos consagrados, estas se disponen en forma subalterna a los valores esenciales.

- Los **sujetos** se dividen en aquellos sujetos/objeto propios del orden jurídico formal: los ciudadanos legitimados formalmente, destinatarios de la acción jurídica, así como también los órganos del estado obligados a legislar y a garantizar la vigencia de esos derechos mediante sus instituciones y aparatos, de manera que el derecho que ellos generan en beneficio de sus ciudadanos sea cumplido y hecho cumplir para su bienestar.

- Los **mecanismos de ejercicio, reclamación y protección** para los derechos son formales e institucionales, básicamente tribunales y sus órganos auxiliares.

- Su **mecanismo hermenéutico** es positivista, sistemático y de subsunción, en una lógica más o menos flexible de aplicación, pero de decisión controlada por la trama normativa.

- El **mecanismo de cierre** del proceso de reclamación y garantía radica en la aplicación institucional de los mecanismos judiciales y en monitoreos e instrucciones de acción entre órganos del estado frente a los conflictos y las demandas ciudadanas que involucran los derechos humanos. Hay un principio de iniciativa y actividad privada y en subsidio pública para la intervención estatal, que depende de la decisión política en lo legislativo administrativo y de la iniciativa particular de inicio en lo jurisdiccional.

El segundo modelo, el de un Sistema Internacional de Garantías de Derechos, es notoriamente más amplio y actualizado. Ha ampliado los mecanismos de consagración, desarrollo, razonamiento y aplicación que el modelo tradicional de

derechos humanos contemplaba, superando aquello que Ferrajoli había llamado *el modelo paleo-positivista* e incorporando además de una orientación teórica de corte garantista, para su consecución, en relación al modelo tradicional de judicialización, mecanismos ampliados de control, seguimiento, y judicialización, que incorporan comisiones, veedores especiales, informantes de terreno y Cortes generales y especiales, de competencia internacional, que además han incorporado a la posibilidad de accionar a sujetos individuales y colectivos diferentes a los del sistema del derecho internacional de naciones. Incorpora además un sistema de interpretación y resolución de mayor flexibilidad que el sistema de corte positivista, centrado en los principios interpretativos y en la interconexión de normas. Sus características principales serían:

- La **fuentes** del derecho es múltiple pero de origen concreto, no ya una esencia a discernir, sino que se encuentra en datos y consensos históricos, expresados en un conjunto de instrumentos formales también múltiples: tratados y declaraciones de derecho internacional, legislación interna, jurisprudencia y opiniones de órganos de protección.
- Su **fin** es la garantía erga omnes de los derechos humanos, entendidos estos como una conjunción de bienes jurídicos considerados un mínimo óptimo de derechos, expresados en las generaciones sucesivas de derechos humanos pero considerados en un mismo nivel de concurrencia, ya no subordinados unos a otros.
- La **función** es la de establecer un sistema internacional y nacional de garantía objetiva de esos derechos, desarrollando un proceso de humanización efectiva a partir de una intervención cada vez más activa de los órganos de ese sistema.
- Los **valores** por lo tanto son los de protección efectiva del ser humano en condiciones que permitan su desarrollo lo más integral posible y su defensa frente a los abusos y vulneraciones. El centro de los valores resulta entonces práctico, la defensa y garantía de una condición posible de humanidad concreta.
- En ella los **sujetos intervinientes** han sido ampliados y de hecho ha sido parte del motor de lucha del trabajo de los juristas que llevan

adelante este modelo. Los mismos sujetos institucionales estatales siguen vigentes, el aparato del estado y los órganos jurisdiccionales son esenciales al modelo, pero a ellos se agregan toda una red y sistema de órganos internacionales que a la vez orientan, supervisan, como a la vez corrigen los abusos de los estados al sistema; pero a ellos se ha ampliado en el plano del derecho internacional la posibilidad que también los sujetos individuales y sus cercanos directos (víctimas, afectados y familiares) puedan intervenir con el objeto de hacer funcionar ya la garantía ya la protección de sus derechos.

- Los **mecanismos de ejercicio, reclamación y garantía** de los derechos son formales e institucionales, pero ampliados más allá de los tribunales y sus órganos auxiliares nacionales; se incorporan así un sistema de órganos internacionales formales como las asambleas de los sistemas de estados, las comisiones de derechos humanos y los tribunales internacionales específicos sobre la materia. Se establecen incluso espacios de participación para grupos organizados de la llamada sociedad civil: ONG, representantes de pueblos indígenas, de comunidades, etc.

- Su **mecanismo hermenéutico** es, respecto de los textos, de una hermenéutica controlada, sin embargo lo que prima es una interpretación en base a principios y máximas de sentido garantista, como por ejemplo el de la norma más beneficiosa, que rompe con la jerarquía normativa tradicional, o el de obligaciones objetivas de los estados, que rompe con el principio de soberanía.

- El **mecanismo de cierre** del proceso de reclamación y garantía radica también en la aplicación de mecanismos formales, de judicialización interna, de reclamación de intervención de órganos internacionales de supervisión y control, así como la aplicación de intervención jurisdiccional de justicia internacional, que cierran también mediante sentencias o resoluciones; pero que se incorporan, a posteriori de esas sentencias o informes, mecanismos de seguimiento e informes complementarios por parte de los países.

Finalmente, la Teoría Crítica de los Derechos Humanos incorpora a la acción una ampliación de espacios, mecanismos, razonamientos, mecanismos, dispositivos

y actores, pero es esa ampliación y también más que eso. Esta teoría en realidad a la vez que incluye medios, amplía la noción misma de juridicidad, en la línea de las teorías críticas del derecho, pero además sitúa el debate mismo de los derechos humanos en el plano directo de lo político, de las necesidades materiales y de las relaciones y procesos culturales donde se verifican. Mientras que en las anteriores aproximaciones la condición de humanidad y las circunstancias materiales el elemento contra fáctico de la razón jurídica, acá el proceso es inverso en lo material, culturalmente permanente en cuanto a sus dimensiones relacionales y la condición de humanidad como un punto de llegada.

Así sus elementos serían:

- Las **fuentes** del derecho para una Teoría Crítica son múltiples y plurales. Como el objetivo es establecer procesos de dignidad humana, la fuente del derecho puede ser formal, estatal o nacional, pero también en una línea de pluralismo jurídico se incluyen los derechos de las comunidades y las acciones de organización y luchas de estos.
- Su **fin** es claramente obtener condiciones materiales de dignidad, lo que actuar directamente contra el orden de dominación y de explotación vigente en cada contexto para reivindicar, reclamar, establecer y garantizar esas condiciones de dignidad humana.
- Su **función** es, con el objeto de conquistar los derechos, construir una cultura jurídica que a la vez que reconozca esas situaciones de lucha admita y propicie la potencia de las mismas para garantizar radical, material y efectivamente las condiciones de humanidad concreta como punto de llegada.
- Los **valores** por lo tanto emanan de la historia pero requieren actualización permanente. De ésta forma los valores de libertad, igualdad y solidaridad se establecen en tanto sirven para la construcción de ordenes material, social, política y culturalmente incluyentes, redistributivos, integradores, democráticos y equitativos.
- Los **sujetos** son ya no solo los órganos estatales y jurisdiccionales o los órganos y redes internacionales del sistema, sino que se



produce con ella una verdadera ampliación en cuanto a la noción de los sujetos que adquieren la calidad de actores de juridicidad de los derechos humanos, comprendiendo no solo entes públicos nacionales o internacionales, sino incorporando a los individuos, organizaciones, grupos y comunidades que plantean la reivindicación de sus derechos humanos como horizonte de dignidad. Las comunidades movilizadas y los movimientos sociales adquieren trascendencia jurídica y política.

- Los **mecanismos de intervención** son también ampliados: comprenden e incorporan el uso de todos aquellos mecanismos, dispositivos, instrumentos, acciones y espacios de lucha necesarios para conseguir el objetivo estratégico planteado.

- Su **método hermenéutico** es de corte materialista y finalista, en que la concreción de un estado de dignidad y la remoción de los obstáculos que la impiden (institucionales, sociales, culturales, económicos y políticos) y la substitución del estado relacional que la ha constituido, es el origen, sentido y fin de todo razonamiento jurídico que entonces adquiere como dimensión el ser además contextual, posicional y estratégico.

- El **mecanismo de cierre** del proceso no existe, siendo la dignidad un quehacer continuo sobre uno mismo, las redes de relaciones en que se desarrolla el proceso cultural y el entorno, se trata en verdad no de un cierre sino de una apertura permanente. No existe un estado original ni uno procesal definitivo, sino que una construcción de un estado de dignidad que requiere además de su concreción, mecanismos de garantía, seguimiento y adaptación permanente, que transforman la actividad pero no la concluyen.

Si reunimos en un cuadro comparativo los elementos de todas ellas podremos tener una idea más clara de los desafíos y preguntas por hacerse.

Tabla 4. Cuadro comparativa de Teorías de los Derechos Humanos.

Elementos	Teoría clásica	Teoría del Sistema de	Teoría Crítica de los derechos humanos.
-----------	----------------	-----------------------	---

		<b>Protección</b>	
Fuentes.	Fuentes formales del derecho positivo, nacional e internacional.	Múltiple y Formal: tratados, declaraciones, legislación, jurisprudencia, opinión.	Formales, pluralismo jurídico (derechos de comunidades) y acciones de organización y lucha por los DDHH.
Fines.	Salvaguarda el concepto civilizado de humanidad y sus valores. Garantizar el orden.	Garantía erga omnes de los derechos humanos.	Obtener condiciones materiales de dignidad. Revindicar, reclamar, establecer y garantizar esas condiciones de dignidad humana.
Funciones.	Establecer un mínimo respeto de de humanidad que permita reclamar su vigencia y aplicarla.	Establecer un sistema internacional y nacional integrado de garantía.	Construir una cultura jurídica que obtenga, garantice y potencia la dignidad humana.
Valores.	Libertad-autonomía, propiedad privada, seguridad jurídica, orden, cohesión social.	Protección efectiva. Defensa y garantía de derechos.	libertad, igualdad y solidaridad en un orden material, social, política y culturalmente equitativo.
Sujetos.	Ciudadanos, órganos del estado, órganos internacionales interestatales.	Sujetos institucionales estatales, órganos internacionales, sujetos individuales víctimas.	Órganos estatales, redes internacionales, individuos, organizaciones, grupos, comunidades en lucha antagónica.
Mecanismos de Intervención.	Formales e institucionales, básicamente tribunales y órganos auxiliares.	Mecanismos formales e institucionales ampliados como asambleas, comisiones, tribunales internacionales.	Todos aquellos mecanismos, dispositivos, instrumentos, acciones y espacios de lucha necesarios.
Hermenéutica.	Positivista, lógico y de subsunción controlada.	Hermenéutica controlada, interpretación por principios, sentido garantista.	Hermenéutico materialista- finalista, razonamiento jurídico contextual, posicional y estratégico.

Cierre de procesos.	Mecanismos judiciales y monitoreos entre órganos del Estado.	Aplicación de mecanismos formales, judicialización interna, reclamación e intervención de órganos internacionales de supervisión y control, justicia internacional, mecanismos de seguimiento.	Apertura permanente. garantía, seguimiento y adaptación transformadora inconclusas.
---------------------	--	--	---

Ante este cuadro sinóptico pueden formularse preguntas múltiples de manera de intentar comprender sus potencias y sus limitaciones, pero también para delimitar los campos de desafíos que cada uno de ellos presentan. Coherente con lo que he sostenido en la línea de la teoría crítica, la reflexión no puede ser abstracta, por lo que intentaré poner esas cuestiones en clave materialista.

Sabemos que a partir de los años setenta se instauró en el mundo un modelo global de gestión que incorporó, gracias al despliegue de los medios tecnológicos un sentido de mundialización acelerado desconocido anteriormente en su intensidad. Con ello se instaló global y hegemónicamente un proyecto político concreto, profundo, obsesivamente monocultural y tecnocrático, centrado en la maximización absoluta presente y futura del capital en desmedro del trabajo y de la comunidad, en que la producción humana pasó a ser entendida como productividad, especialmente financiera, y los elementos materiales de producción se subordinaron a ella.

En el plano político dicho modelo se tradujo en un ataque frontal al Estado y su función social, reforzando su rol gendarme, y a las organizaciones de trabajadores y comunitarias en general, de manera que su disolución permitiese la fluidez ideológica necesaria y repusiera el individualismo en su forma más absoluta. En los países en vías de desarrollo se redujo su tamaño a niveles ridículos y otras áreas geopolíticas, como África por ejemplo, fueron declaradas zonas de intervención y de desprotección absoluta. A nivel de indicadores sociales todos los índices oficiales, tanto de las Naciones Unidas como de los estados, incluyendo las

cifras de los propios organismos financieros (que pese a lo que mostraban insistían en profundizar la receta de privatizar-reducir estado-contraer economías locales) todas ellas señalaban la apertura de una brecha social de inequidad de rangos increíbles en comparación con los niveles de riqueza que se generaban para producir excedentes del modelo. Con ello la ruptura de las redes sociales y de las confianzas comunitarias produjo bolsones de desempleo que generaron estrategias de supervivencia que fueron desde las redes mínimas de apoyo, el regreso a la familia precarizada como seguridad social y formas disociadas de ingresos fundadas en la delincuencia y los tráficos de especies y personas ilegales. En la medida en que el dinero adquirió cada vez mayor y casi única preponderancia como satisfactor de necesidades por su adquisición en el mercado, la carrera por el acceso a éste se volvió maratónica y la corrupción irrumpió de una forma global y transversal.

Con el Estado capturado por esas redes ideológicas, económicas y clientelares su rol policial irrumpió con fuerza de demolición, incorporando dictadoras de seguridad nacional al repertorio de la represión policial que en muchas partes pasó además a ser represión abiertamente militar (Colombia, Israel). Bajo la era Bush Jr. el mundo pasó de un estado de presión económica y militar a uno de guerra global eufemísticamente llamada preventiva. La economía financiera intentó transformar todo (literalmente todo) en mercancía, sin ningún control sobre los costos reales de reproducción de los commodities, el mundo mismo pasó a ser una sola cadena de retail permanente; hasta que se produjo la crisis sub-prime y los movimientos posteriores que imponen nuevas marcas de crisis financieras y esfuerzos de salvataje, guerra de divisas y planes de ajustes en la periferia de Europa. A partir del año 2008 ese estado tiene al mundo en ciernes de la capacidad de reordenarse del modelo, quien sabe a que costos, o de avanzar a una crisis de largo aliento.

El resultado de cada crisis de liquidez del modelo financiero ya lo conocemos y se describe de forma aún más breve: pobreza brutal y extendida, control policial y militar de los territorios con violentas acciones sobre la comunidad “protegida”, falta de medios materiales mínimos, carencia de medios estatales de protección, control de las divergencias y disolución de las redes sociales y subordinación y exclusión de culturas no tecnocráticas; reproducción del ciclo de opresión.

A la imposición del modelo neoliberal y su larga estela que se extiende hasta ahora mismo, la reacción ha sido compleja e incompleta. En muchas partes, América Latina por ejemplo, el proceso fue acompañado de dictaduras que suprimieron las libertades civiles y políticas muchas de las reacciones fueron orientadas a su recuperación, lo que originalmente fortaleció los valores de la primera escuela, pero prontamente irrumpieron las necesidades materiales de forma brutal y comenzó a retomarse el sentido de los derechos económicos sociales y culturales. Las luchas por estos derechos y por el desarrollo se trasladó también al derecho internacional y a la creación de mecanismos que hasta ahora han resultado insuficientes para enfrentar y contener las violaciones masivas por los estados y los poderes económicos de los derechos de las personas, grupos y comunidades. Por otro lado y tras el hecho simbólico de la caída del muro de Berlín, en que por unos años el neoliberalismo casi alcanzó su pretensión de pensamiento único, a partir de la irrupción de los Zapatistas en México y de los Foros Sociales Mundiales numerosas organizaciones comenzaron a reorganizarse, a resistir y a luchar antagónicamente contra este orden global. Se han logrado una serie de victorias y muchas derrotas, pero sobre todo se ha constituido ciertamente una cultura de los derechos humanos que aunque a ratos soft y sin fundamentos ideológicos profundos ha establecido una noción de respeto a los derechos, que de alguna forma puede convalidarse al modo de la conciencia medio ambiental.

Sin embargo, y en esto me parece hay que ser claros, las vertientes tradicionales sobre derechos humanos han sido insuficientes e incompletas en ese escenario; se requiere un balance no de juzgamiento sino de análisis de fortalezas, debilidades, amenazas y potencias de cada vía.

Por ello para la vertiente iusnaturalista, religiosa o laica, que se entronca muy fuertemente, salvo excepciones, con el modelo político nacional estatal y el positivismo jurídico tiene visos claros de obsolescencia, de trabajar con una perspectiva que no alcanza a percibir el fenómeno a cabalidad y que confunde sus presupuestos con sus imperativos presupuestos y sus resultados. Pero además trabaja con un instrumental jurídico restringido, que reduce la conciencia del mundo y el contexto al texto y al centrarse en mecanismos de suma cero finalmente nunca

atiende a los tiempos reales ni logra solucionar los conflictos sociales que no tienen punto de término sino de derivación o evolución. Con justa razón Ferrajoli se ha referido a ésta concepción jurídica como paleo positivista, no solo por que pretende una crítica al positivismo como propuesta jurídica, sino por que conteniendo elementos basales de la cultura jurídica moderna, su instrumental y su modo operacional ha quedado francamente desfasado en el tiempo y hasta se diría obsoleto.

Una cuestión distinta resulta de atender a la doctrina del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos. Desde el punto de vista del razonamiento como del desarrollo instrumental, de las definiciones y orientaciones de ese esfuerzo, ciertamente éste modelo resulta ser un salto cualitativo, en relación al viejo modelo de derecho internacional de pactos y nacional de soberanía absoluta; contiene un regreso de un cierto humanismo práctico. Se ha intentado allí estirar la razón garantista de un modo completo, hasta los límites posibles de informalizar los procesos de litigación, resolución y garantía. El esfuerzo ha sido notable y de un despliegue intenso, ideológicamente plural pero ha cumplido desde su punto de acción con intensificar esa cultura de derechos humanos que desde otra tensión la Teoría Crítica le reclama. Sin embargo me parece necesario formularle al menos las siguientes consideraciones sobre sus limitaciones, someterlas a debate o cuando menos suscribirlas como preguntas de trabajo:

Primero, si bien se ha extendido su aceptación, en el mismo campo jurídico no ha logrado un nivel de consenso y de aceptación mayoritaria necesaria para su mejor acierto. Aún es aceptado con reservas que el modelo tradicional del derecho internacional público deba ser revisado y que deba suprimirse la noción de soberanía estatal al punto de hacerse disponible en pos de la protección de los derechos humanos.

Segundo, como efecto de lo anterior, es posible efectuarle idéntica crítica que al derecho internacional en cuanto a su carencia de eficacia por la falta de fuerza suficiente para hacer valer y cumplir sus resultados. Si bien la época global para aquellos que se instalan en un punto de vista global puede provocar entusiasmo por

la mayor cantidad de espacios y suscriptores de todas partes que adhieren a ella, este déficit persiste.

Tercero, su arquitectura sigue sin estar claramente definida y sin que comprenda mecanismos eficientes de reproducción y conexión con los derechos nacionales e interiores. Ello hace que su eficacia siga soportando desconocimientos, falta de gradualidad y de instancia, inaccesibilidad formal, lo que refuerza su debilidad.

Cuarto, todo ello le brinda demasiadas lagunas de operacionalidad, lo que se suma a una permanente y denunciada debilidad económica estructural, ya que su financiamiento requiere la anuencia de los mismos estados a los que debe juzgar y corregir y entre los cuales no necesariamente es una prioridad.

Quinto. No obstante una mayor flexibilidad y posibilidad interpretativa, todo el modelo sigue funcionando sobre una misma ratio jurídica en que se espera que las decisiones racionales y las construcciones de operacionalidad estructuradas deben producir un efecto suficiente sobre la realidad social a partir de su superioridad institucional. Si bien es cierto en la gran mayoría de las personas el que una decisión emane desde un tribunal, con independencia de su capacidad de imperio, parece constituir un mandato de obligatoriedad, los poderes materiales fácticos reales no operan con esa lógica y permanentemente tienden la trampa del vacío institucional.

Sexto, por lo mismo la gran fortaleza del sistema, el ser dúctil y haberse ampliado, de manera razonable por cierto, hacia la resolución por principios y la admisión de los sujetos individuales a las instancias de reclamación y demanda, pasando incluso por sobre los Estados para efectos de su ejercicio, ello demuestra que la idea de juridicidad como sinónimo de legalidad y de jurisdiccionalidad es feble, insuficiente en sí misma y débil de operacionalidad de cierre, ya que ello no asegura la aplicación de sus decisiones. Por ello es que al igual que en todo debate sobre derecho, ciudadanía y comunidad, los problemas colectivos nos e resuelven sin la participación y la decisión de la comunidad. El nuevo vínculo entonces probablemente no debe ser sólo al individuo afectado sino a actores secundarios o implicados de entorno que requieran y aseguran el cumplimiento de las decisiones

de protección más allá de ser o no víctimas. Una forma efectiva de promover solidaridad real es permitir que todos puedan accionar en protección de todos, en una suerte de acción humanitaria pública, que ponga en movimiento - en tanto cuenta con fundamentos - en beneficio de cualquiera, los mecanismos de protección establecidos.

Séptimo, el modelo de no neutralidad valorica que pretende choca con el de neutralidad política que sigue. En efecto, nadie puede dudar de la buena fe como de la clara intención de protección de su trabajo, sin embargo no basta con la ambigua noción de apelar al derecho al desarrollo o a los derechos sociales y culturales para pretender hacer de los derechos humanos una práctica transformadora de realidades. La situación material de éste tiempo global y no de otros momentos o bien ya históricos o bien abstractos indeterminados, requiere ciertamente hacer una la lucha por los derechos humanos con la lucha contra el capital, de lo contrario, la diplomacia política dará por resultado una réplica del sistema que no se condice con los principios que se dice defender.

Octavo, por lo mismo, requiere de un debate político y jurídico mucho más profundo y abierto sobre las bases y objetivos que debe perseguir y que puede obtener un sistema garantista internacional, sobre sus alcances y pretensiones. Si se trata de combatir las razones de estado debiera ordenarse tras ese objetivo, pero si se trata de alcanzar transformaciones estructurales o un reordenamiento sistémico como estados de desarrollo colectivos, el debate y la definición de una postura política militante más aguda parece impostergable.

Noveno, profundizar un sistema cada vez más integral de reivindicación, demanda y lucha por los derechos humanos, como lo plantea la Teoría Crítica, implica un desafío también directo a la cultura de derecho de los propios juristas, como a las bases kantianas y hegelianas del sistema. Romper con los idealismos y con la idea de tiempo lineal es la única alternativa para desplazar los esencialismos que impiden ver los supuestos y los efectos materiales de las decisiones que se tomen al momento de intervenir y decidir sobre los conflictos. De la misma forma, solo abandonando los etapismos que significa evitar el razonamiento sobre generaciones de derechos superpuestos, es posible reordenar la importancia y los



porque de la primacía específica de un bien jurídico protegido en uno u otro caso, de manera que ese holismo propuesto atenta contra el principio de jerarquía de los valores de libertad/autonomía y propiedad sobre los otros; de lo contrario el juego de subordinación que se dice querer evitar se mantiene. Pero eso es un asalto a buena parte del sentido común de la cultura jurídica dominante, ya que significa hacer primar el conflicto y su resolución, mediante estrategias pertinentes, por sobre el orden que tanto tienta a los abogados. Además, parece ya establecido que los problemas y conflictos de derechos humanos tienen mucho de cíclicos más que de etapistas, aunque no lo excluyen; de manera que una noción no holística del tiempo tanto para comprender los derechos como para el uso de sus instrumentos de intervención merman su eficacia y no cambian la situación.

Décimo. Como parte, efecto y resultado de todo lo anterior, la doctrina del sistema internacional de garantías de derecho sufre del mismo déficit absoluto del diseño moderno de juridicidad, el de la separación funciona entre sociedad civil y estado. Sin enfrentar éste problema no logrará dar el salto cualitativo que aumente su efectividad y cumpla de mejor forma sus objetivos.

Por su parte la Teoría Crítica de los Derechos Humanos es aún una perspectiva noble pero reciente, que debe hacer un esfuerzo de debate y de comprensión mucho mayor y salir de la esfera pura y exclusiva de su autor que la genera, haciéndose efectivamente un programa de investigación y trabajo de colectivos de juristas y operadores interculturales de derechos; de lo contrario, de no volverse de alguna pluralidad corre el riesgo de un purismo principista que la ahogue.

Es claro que más allá de las reflexiones que Joaquín Herrera y algunos poquísimos más han intentado, requiere un arsenal mayor de preguntas y campos de trabajo a los que su autor se ha avocado, que ya es bastante. Él mismo probablemente deberá entregar cada vez mayores y nuevas pistas sobre los campos políticos, ideológicos, teóricos e interculturales que su propuesta seduce, provoca y requiere. Sería interesante y casi necesario que se adentrara mucho más en el contenido interpretativo y hermenéutico de su teoría y los efectos sobre el campo de la juridicidad normativa y de principios aplicada a la resolución de casos.

A su vez, la propuesta de Herrera Flores se emparenta con la de los neo-internacionalistas en cuanto a que enfatiza principios sobre normas, pero se expande en cuanto aumenta y enfatiza el contexto y la realidad material como primer paso, invirtiendo el razonamiento formal neo humanista. Pero sin duda presenta un cierto déficit operacional que requiere, por el mismo y por otros, trabajar el puzzle que las preguntas que formulan desarrolla: armar, desarmar y reconstruir el diamante ético y crear otros mecanos que permitan la pedagogía y la acción de organización y lucha sobre los derechos humanos en las cotidianidades más próximas. Hay allí un inmenso campo de trabajo para éste programa de investigación-acción que es su Teoría. Algunos experimentos sobre el diamante ya realizados permiten augurar un campo posible de desarrollo de ideas con participación de operadores jurídicos en derechos humanos que vayan más allá de los profesionales y de los actores académicos y que aporten su trabajo de campo.

Como una forma de trazar un plan de trabajo posible para una crítica profunda, me parece que los cuestionamientos a las insuficiencias de la doctrina de protección internacional de derechos pudieran precisamente cumplir la base para ese trabajo de futuro para Joaquín Herrera y otros juristas, ya que se requiere allí no solo teoría y filosofía del derecho, política y cultura, sino especificaciones técnico-disciplinarias de profundidad que expliciten su plausibilidad instrumental. Por los debates personales que tuve con Joaquín Herrera Flores me parece que en buena parte estaba consciente de la objeción transitoria en cuanto a que se necesitan especialistas disciplinares que trabajen en la línea de sus ideas.

Los puntos de partida de la Teoría Crítica de los Derechos Humanos pueden ser una plataforma para construir teorías y prácticas fundadas en apoyo a las luchas por la dignidad humana, pero necesitan profundidad y desarrollo para alcanzar efectivamente el rango de una teoría que permita analizar la realidad y orientar la acción específica en cada campo de disputa.

De allí que me parece se abren los siguientes campos de trabajo por donde ésta puede ser retomada y proyectada:

Primero: pensar críticamente el escenario global de derechos.

Las teorías críticas han desarrollado un trabajo en la geopolítica, pero no han dispuesto la misma intensidad para el derecho internacional y los nuevos escenarios. Aún es aceptado con reservas que el modelo tradicional del derecho internacional público deba ser revisado y que deba suprimirse la noción de soberanía estatal al punto de hacerse disponible globalmente para la protección de los derechos humanos, los juristas no parecen concebir un sistema internacional efectivamente pluralista de ratio y de instrumentos entre sistemas de derechos más allá de la soberanía nacional, incluyendo paridad completa a los actores subnacionales y a los que por redes migratorias o entrecruzamiento de las fronteras ejercen soberanías subordinadas. Hay aquí un campo de reflexión que debe ser recogido.

Segundo, desde el punto de vista de una teoría de derecho.

La arquitectura de la Teoría Crítica de los Derechos Humanos sigue sin estar claramente definida, no contempla aún trabajos sobre mecanismos eficientes de reproducción y conexión con los derechos nacionales ni con los que emergen del pluralismo jurídico. La instrumentalidad del derecho es siempre una tarea por hacer. Ello hace que su eficacia siga soportando desconocimientos, falta de instancia, inaccesibilidad formal, lo que refuerza su debilidad. Pensar una teoría del derecho que avance al pluralismo legal efectivo y eficaz y no se quede en pluralismo legal es una urgencia teórico práctica.

Tercero, hacia una nueva juridicidad intercultural de derechos.

Lo anterior obliga a reflexionar e inventar no a pesar de las lagunas de operacionalidad sino a partir de ellas, en base a un sistema jurídico fluvial, que no se centre en los lugares de certeza sino en la canalización y fluidez de los puntos a conectar y de las necesidades a satisfacer. Esa conectividad requiere pensar instrumentos a partir de una teoría de la horizontalidad jurídica, de inclusión y gestión de los diversos actores, movimientos sociales, comunidades y los individuos. Esta, inventar una teoría inusual, fluida y de movimiento del derecho es una tarea gigantesca pero imprescindible para un pensamiento radicalmente intercultural.

Cuarto. Ratio y sensatez jurídica.

No obstante una mayor flexibilidad interpretativa que ha intentado superar el positivismo dogmático, todo el modelo de derechos sigue funcionando sobre una misma ratio jurídica de atribución-facultad, en que se espera que las decisiones racionales y su operacionalidad procesal produzcan un efecto de inferencia definitiva sobre la realidad social a partir de su superioridad institucional. Ello conlleva una verdadera trampa de juego y vacío institucionalizado, tendiente a la suma cero. Mientras que para la inmensa mayoría de las personas el que una decisión emane de un tribunal parece constituir un mandato de obligatoriedad, los poderes fácticos reales no operan con esa lógica sino que desarrollan adecuaciones de cumplimiento/incumplimiento a favor de sus intereses. La estructura procesal de cierre por decreto y no secuencialidad de la acción judicial reta a la sensatez de la ciclicidad vital, de manera que pensar un derecho de decisión y retorno obliga a desarrollar una nueva ratio y sensatez del derecho que involucre el movimiento constante de la recursividad.

Quinto. Para una acción humanitaria pública y multiespacial.

Sabemos que una de las fortalezas del sistema de protección internacional de derechos ha provenido del hecho de haberse ampliado en lo hermenéutico hacia la resolución por principios y en lo procesal a la admisión de los sujetos individuales a las instancias de reclamación y demanda, pasando incluso por sobre los Estados. Esto ha venido a demostrar como la idea de juridicidad como sinónimo de legalidad y jurisdiccionalidad es feble y permite ir más allá de la era del derecho de soberanía nacional. Adicionalmente sabemos que el espacio de la institucionalidad no puede ser abandonado a pesar de sus insuficiencias, pero también que en todo debate sobre derecho, ciudadanía y comunidad, los problemas colectivos no se resuelven sin la participación y decisión de la comunidad, sino que devienen en intentos de estabilidad débil. Se requiere avanzar más allá del derecho a la acción nacional e internacional de las víctimas y promover decididamente la solidaridad global permitiendo que todos puedan accionar en protección de todos. Se requiere en consecuencia articular teorías incluyentes y prácticas de litigio internacional que muevan el sistema de protección en esa dirección, para ir sistematizando sus experiencias y volver una y otra vez a tensar los límites de lo establecido.

#### Sexto. La adecuación conceptual.

Tal como señalé al principio de éste trabajo, los cambios en la calidad del Estado como único violador de los derechos humanos, que se ha traducido en un actuar entrelazado y asociado con el paraestado y el mercado, requiere de un replanteamiento de todo el campo de la juridicidad estatal y de las bases de una ciencia política que vaya más allá del mito del estado nación y de las respuestas locales, nacionales, regionales y globales necesarias para enfrentar esos desafíos. La ruptura jurídica requiere a su vez abandonar los etapismos del razonamiento sobre generaciones de derechos y sobre derechos programáticos. Es preciso reordenar la importancia de los bienes jurídicos protegidos, de lo contrario el juego de subordinación que se dice querer evitar se mantiene. Esto es un asalto a buena parte del sentido común de la cultura jurídica dominante, ya que significa hacer

primar el conflicto y su resolución, mediante estrategias pertinentes, por sobre el orden que tanto tienta a los juristas. Los problemas y conflictos de derechos humanos son cíclicos y multicausados antes que etapistas, de manera que una noción no holística del tiempo tanto para comprender los derechos como para el uso de sus instrumentos de intervención merman su eficacia y no cambian la situación. Una Teoría Crítica del derecho requiere mucha más Teoría del derecho y nuevos marcos conceptuales que los que hasta ahora las teorías del derecho han asumido.

Séptimo. Retomar la crítica de la Teoría Crítica del Derecho.

El modelo de no neutralidad valorica que pretende la Teoría Crítica de los Derechos Humanos choca con el de neutralidad política que se le pretende otorgar al discurso jus humanista. No basta con apelar al derecho al desarrollo o a los derechos sociales y culturales para pretender hacer de los derechos humanos una práctica transformadora de realidades. Joaquín Herrera señalaba que la lucha por los derechos humanos es hoy una lucha contra los efectos del capital, que amenazan al planeta mismo, y tener la capacidad de hacer ver la causa de éstos. La incapacidad del derecho para criticar la forma estado-capital ha sido una constante, ya que ha estado inmersa dentro del contexto de la guerra fría y la discusión ideológica. En ella la Teoría Crítica del derecho en sus diversas vertientes desarrollo valiosísima argumentación y sentido común de las necesidades. Las violaciones de los derechos humanos son los síntomas no la enfermedad. A partir de allí hay un nuevo espacio para vincular la teoría crítica del derecho a la necesidad de discutir la juridicidad en base a los efectos del modelo y no solo a las diferencias ideológicas. Conectar lo que sabemos es un campo de trabajo a desarrollar.

Octavo. Afirmar la realidad.

Profundizar un sistema cada vez más integral de reivindicación, demanda y lucha por los derechos humanos, como lo plantea la Teoría Crítica, implica un desafío también directo a la cultura de derecho de los propios juristas, como a las bases kantianas y hegelianas del sistema. Romper con los idealismos y con la idea de tiempo lineal es la única alternativa para desplazar los esencialismos que impiden ver los supuestos y los efectos materiales de las decisiones que se tomen al momento de intervenir y decidir sobre los conflictos. Generar una perspectiva materialista integral del derecho es el nuevo proyecto de investigación para una filosofía crítica del derecho.

#### Noveno. Metodología participativa.

La motivación del inicio de la Teoría Crítica de los Derechos Humanos se encuentra en el Diamante Ético: construir modelos de análisis y trabajo que permitan a los actores en movimiento de lucha por su dignidad disponer un instrumental de análisis que orientara su acción. Cuando presenté a Joaquín mis propios modelos de análisis complejos de una juridicidad ampliada me contestó con alegría “parecen diamantinos” y conversamos muchas veces como llevarlos a juegos, metodologías y modelos electrónicos y virtuales de análisis de derechos y métodos de trabajo para la acción. Armar, desarmar y reconstruir el diamante ético, y crear otros mecanismos que permitan la pedagogía y la acción de organización y lucha sobre los derechos humanos en las cotidianidades más próximas. Jugar como le gustaba a Joaquín. Algunos experimentos sobre el diamante ya realizados permiten augurar un campo posible de desarrollo de ideas con participación de operadores jurídicos en derechos humanos que vayan más allá de los profesionales y de los actores académicos y que aporten su trabajo de campo. Hacer metodología apropiable por los sujetos en lucha es parte intrínseca de una nueva teoría de los derechos humanos.

#### Décimo. Teoría y práctica.

La crítica de los derechos humanos que Joaquín Herrera propuso consistía en ser capaces de revisar incluso las propuestas humanistas descarnadamente, desprejuiciada y desnudamente, a la vez que insuflarle radicalidad, materialismo e interculturalidad. Por ello es que convoca a un programa de investigación interdisciplinario e integrado, que se origine y mire a la práctica de las luchas por la dignidad en cada movimiento teórico, disciplinar y de ejercicios. Salir de los dualismos binarios que nos conducen a la opacidad y a la inacción, a la teorización vacía y a una cultura de derechos humanos de intelectuales de café y barra es el desafío permanente de toda práctica. El discurso y la opción por la realidad es la opción ética permanente de un proyecto de investigación y acción por la dignidad y los derechos humanos.

### **Recursividad.**

Finalmente convengamos en dos cosas que resultan imprescindibles:

En primer lugar, que el campo de resolución de los conflictos de derechos humanos no es un mundo de derechos cerrados sino coincide con el vasto campo de las luchas sociales y políticas hoy privilegiadamente anticapitalistas y contra opresoras de todo tipo, tiempo y género. Allí, como respecto de todas las luchas por los derechos, el aporte puede ser en ocasiones fundamental pero nunca decisivo. Si no se pretende repetir el modelo pelea-positivista en que se sustituía a los actores por los profesionales litigantes, debe tenerse siempre presente que en verdad esa tarea le corresponde a los sujetos directos, de manera que son las comunidades y movimientos políticos y sociales quienes deben asumir dar y ganar esa batalla por los derechos humanos materiales e interculturales.

En segundo lugar e imbricado con lo anterior, hay que resaltar el hecho que, tanto la propuesta de garantismo internacional de derechos como la de la Teoría Crítica, han coincidido finalmente –aunque de formas política y jurídicamente diferente - en un mismo punto que dice relación con la ampliación de los límites instrumentales y subjetivos de los intervinientes, lo que marca claramente una crisis



del paradigma jurídico moderno, al exponer a propósito de los actores sobre los que descansa la intervención, la de los sujetos individuales que pueden ejercer juridicidad y reclamar como realizar intervención en el modelo, tanto los individuos como los estados, parecen dentro de un paradigma jurídico de corte moderno, haber alcanzado su punto máximo de despliegue y efectividad. Se requiere ahora de una discusión inclusiva en el mundo del derecho del problema del sujeto, otorgándole otro lugar al del diseño moderno.

De ello intentaremos dar cuenta, aunque de forma mínima por su extensión, en el próximo capítulo de este trabajo.

## UN PALIMSESTO LLAMADO SUJETO.

“Lo esencial de la vida está en el movimiento que la transmite”

(Henri Bergson.)

“Libre su nombre y su veloz corpiño,  
su vientre cuarzo y su agonía historia  
y sus cadenas, su reloj, su niño  
y os avecine, os una, y os ausculte  
con sus dos manos y sus tres cariños,  
y su refulgir,

su oficio de herir  
la luz por venir.

(Patricio Manss).

### El sujeto como ontología y proyecto.

¿Quién es el sujeto?

En una línea larga que prepara la modernidad, el pensamiento filosófico y teológico a partir de Platón, propuso construir una realidad que pugnaba con la realidad material por establecer cual esfera debía primar, si la del mundo material y sus estructuras o la del concepto abstracto, el de la idea sobre las cosas y de una percepción marcada por las definiciones formativas de ellas en choque con una mirada de conformación y relación contextual concreta de estas. Concepto, causa y separación de mundo cognoscible frente a sus representaciones son las claves de este modelo de mirada. Incluso el empirismo, que disponía como su objeto de estudios los fenómenos, transitó este camino de la abstracción. Si bien la filosofía política que origina los procesos de la modernidad introduce en su análisis una serie de elementos concretos necesarios para la formación de los estados y la centralidad del mercado como elementos pilares de la modernidad, el bastión central de la

filosofía hegemónica moderna, que llega a impregnar la teoría política misma hasta señalar que Estado e Idea debían ser correspondientes, se construyó sobre ese pensamiento abstracto que busca por establecer la existencia de una naturaleza en sí, previa y libre de toda determinación coyuntural, de manera que todo lo existente es señalado como subordinado y destinado a ordenarse bajo esas premisas. La discusión sobre el que son las cosas se desplaza a la determinación de su naturaleza antes que a la determinación de ellas mismas, sus cualidades materiales en sus contextos relacionales, tanto estructurales como sociales<sup>1010</sup>.

Y sin embargo el pensamiento abstracto conlleva en si una aporía que lo atraviesa, le agrega tensión sobre sus principios, sus consideraciones y sus posibilidades: la noción de un sujeto llamado a dirigir la acción. Mientras por un lado señala que existiría un mundo conceptual que no depende de las estructuras materiales en las que se inserta sino que la realidad es, o representación de los fenómenos o conceptos que los definen, el sometimiento a las reglas de la física y la matemática para definir lo existente lo obligan a establecer como pilar de acción sobre la realidad la existencia de un ser, un yo consciente que se ubique entre esa realidad conceptual abstracta y los resultados de la existencia para verificar la forma como los conceptos se hacen realidad. Allí radica precisamente si no una aporía al menos una tensión entre dos esferas de la realidad que no se vinculan, ya sea para subordinarse o para articularse, sin la existencia de una especie de tercer punto que permite en esa linealidad temporal y su posibilidad espacial construir algo que pueda llamarse historia. Si para este paradigma de lo real se necesita un punto de síntesis, que permita la intersección de sus vectores de realidad en un sentido que proponga y genere un orden de construcción de esa realidad bajo los parámetros de una

---

<sup>1010</sup> Incluso en Sade, que formula una crítica de la Ilustración ubicado en el vértice mismo de su irrupción revolucionaria, todos los alegatos contra la moral de la virtud y la cultura cristiana impuesta a las costumbres, los sujetos y los cuerpos, se radica en una premisa de sostener que - contra la privación - el goce de los sentidos tiene su fundamento en una naturaleza que ha sido distorsionada por los valores del cristianismo y sometida por el poder monárquico y eclesial. Baste citar un par de ejemplos de su obra *Filosofía en el Tocado* para dar cuenta de ello al respecto: “Ninguna puede calificarse así querida, Todas son obras de la naturaleza. Al crear a los hombres, ella quiso diferenciar sus gustos, al igual que lo hacía con sus rostros, y no debemos asombrarnos por la diversidad que ha puesto tanto en nuestros rasgos como en nuestras inclinaciones” (Página 52.); o “Nos habláis de una ilusoria voz de ésta naturaleza, que nos dice que no debemos hacer a los otros lo que no queremos que nos hagan, pero este absurdo consejo solo puede venir de los hombres, de los hombres débiles” (Página 77). François, Donatién Alphonse. Marqués de Sade. *Filosofía en el tocador*. Edimat Libros S.A. Madrid. 1998.

ciencia que explique y permite apoderarse y usar la materialidad, la propuesta de un modelo de subjetividad adecuado a sus fines le resulta imprescindible.

Lo que pone en descubierto y permitirá la comprensión del despliegue de esa trascendencia es precisamente la existencia de éste ente que, frente a esa materialidad pero fuera de ella, pueda dar cuenta de la misma y decidir sobre aquella. Allí, se propone un sujeto que en concordancia con esa filosofía de lo trascendental vincule la experiencia con esa naturaleza sin perder conciencia ni objetividad, sin sucumbir a someterse a ella sino que mantenga el control y disposición sobre ella. Como lo señala Foucault “Para el pensamiento clásico, el hombre no se aloja en la naturaleza por intermedio de esa naturaleza regional, limitada y específica que le ha sido acordada como derecho de nacimiento al igual que a todos los demás seres. Si la naturaleza humana se enreda con la naturaleza, ello ocurre por los mecanismos del saber y por su funcionamiento; o más bien, en la gran disposición de la episteme clásica, la naturaleza, la naturaleza humana y sus relaciones son momentos funcionales, definidos y previstos”<sup>1011</sup>, que producen un entrecruzamiento de esos planos no en el de la materialidad sino en el del discurso que construye al sujeto.

Para intentar explicar lo anterior se hace preciso identificar, antes que los rasgos de éste sujeto moderno el desplazamiento de sentido que construyó esa trascendencia en que se ubica el sujeto, que lo constituye en un en sí particular. Ese desplazamiento de si al en sí, del conocer al saber, del practicar sus técnicas al cogito, del constituir al logos que lo constituye.

El mismo Foucault en *La hermenéutica del sujeto*<sup>1012</sup> nos propone una forma de observar ese tránsito, de establecer como se produjo históricamente un desplazamiento desde el sujeto ocupado de sí mismo hasta el sujeto en si centrado en el conocimiento y el acto de pensar lo externo. Explica como en la Grecia antigua, hasta antes de Roma y aún durante ella un tiempo, el constituirse en sujeto implicaba un acto a la vez que personal político, donde ocuparse de sí mismo

---

<sup>1011</sup> Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI editores Argentina. Buenos Aires. 2005. Página 302.

<sup>1012</sup> Foucault, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2001.

implicaba conocer, aprender y aplicar una serie de técnicas de cuidado y desarrollo personal que llevaban a constituirse en uno mismo en un autogobierno que era soberanía del yo, bajo la premisa de que quien no es capaz de gobernarse a sí mismo no será capaz de gobernar una ciudad. Se trata de un gesto destinado básicamente a las elites gobernantes, no solo en un acto destinado a la política sino en una suerte de principio universal, de manera que “la preocupación de sí no es solo obligatoria para la gente joven interesada por su educación, es una manera de vivir para todos y para toda la vida”<sup>1013</sup>. Con posterioridad y tras la introducción del cristianismo, esta educación requirió cada vez más de un maestro que era quién realmente sabía como aplicar esas técnicas, dando origen al poder que Foucault denomina *pastoral*, y que implicó traspasar el conocimiento desde el sí a otro, despersonalizando y externalizando la posibilidad de conocer la propia experiencia. Si en un origen “La práctica de sí se liga a la práctica social o, si lo prefieren, la constitución de una relación de uno consigo mismo se conecta, de manera muy manifiesta con las relaciones de uno mismo con el Otro”<sup>1014</sup> de manera que incluso la cuestión de la verdad dice relación con el sí concreto, al trasladar el conocimiento a la exterioridad el sujeto para acceder a esa verdad requiere desapegarse de sí y conocer esos objetos, donde en consecuencia, en “el conocimiento de tipo cartesiano no podrá definirse como el acceso a la verdad: será el conocimiento de un dominio de objetos”<sup>1015</sup>.

Mientras que en un principio “el ser del sujeto en su totalidad debe, a lo largo de toda su existencia, preocuparse por sí mismo y por sí mismo como tal”<sup>1016</sup>, con el desplazamiento del conocimiento hacia el exterior el sujeto se constituye en cuanto se hace sujeto conocedor de una verdad. En otras palabras hacerse sujeto consistirá en “convertirse en el sujeto activo de discursos de verdad”<sup>1017</sup>, desde donde las prácticas de verdad ya no se ejecutan sobre sí mismo sino sobre los otros, sobre lo

---

<sup>1013</sup> Foucault, Michel. *Tecnologías del Yo*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1995. Página 67.

<sup>1014</sup> Foucault, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2001. Página 158.

<sup>1015</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 191.

<sup>1016</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 241.

<sup>1017</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 394.

otro, lo ajeno, de modo que por esos actos de verdad deben entenderse “como los procedimientos reglamentados que atan a un sujeto a una verdad, esos actos ritualizados en cuyo transcurso cierto sujeto fija su relación con cierta verdad”<sup>1018</sup>. La vida se ha convertido así no en un ser o estar sino en un concepto de análisis sobre tiempo y movimiento, sobre ubicación y deber de adscripción a esas reglas. En la medida que todo conocimiento se traslada al exterior a partir de un conocimiento que solo un Yo Trascendente puede hacer de éste, se pierde y muta la perspectiva del sujeto sobre sí mismo como un espacio de actuación y se prefigura un sujeto con una subjetividad conceptual y formal.

De ésta forma la relación del sujeto con la verdad, y de allí con el poder - en la tradicional triada foucaultiana- se rige por una pregunta fundamental para comprender como en la modernidad se ha constituido una particular forma de subjetividad que se ha impuesto como hegemónica con tal peso que parece hacer olvidar que han existido otras y que son posibles otras. La pregunta por el acceso a la verdad que le es posible o no al sujeto es lo que marca ese movimiento constitutivo de la subjetividad moderna. O como resume Frédéric Gros al comentar las preocupaciones por el sujeto de Foucault: “lo que estructura la oposición entre el sujeto antiguo y el sujeto moderno en una relación inversa de subordinación entre inquietud de sí y autoconocimiento”<sup>1019</sup> que en la modernidad se responde en el acto de construir un proyecto de sujeto que acceda y domine un conocimiento verdadero. Y en esa medida toda verdad está en una cierta verdad previa que se expresa en una ley de imputación inexorable a la que el sujeto accede en teoría por su conocimiento trascendental pero del cual la inmensa mayoría de los sujetos reales carecen de esa subjetividad dotada de verdad mínimamente necesaria y quedan sometidos a una moralidad abstracta y del deber. “También somos herederos de una tradición secular que respeta la ley externa como fundamento de la moralidad”<sup>1020</sup> nos recuerda Foucault, lo que doblemente descentra y pone al sujeto como una

---

<sup>1018</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 480.

<sup>1019</sup> Gros Frédéric. Situación del Curso. En Foucault, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2001. Página 494.

<sup>1020</sup> Foucault, Michel. *Tecnologías del Yo*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1995. Página 54.

subjetividad de si mismo permanentemente en riesgo de despreocuparse del sujeto real.

Conviene insistir una vez más en esto de la producción de una verdad del afuera, de una objetividad antes de intentar definir con mayor claridad al sujeto moderno; de problematizar antes que conceptualizar como método. Al establecerse el problema de la subjetividad como el de la verdad la discusión se disfraza de una ciencia de la verdad que debe llevar a una técnica y a un dominio de la misma. Como lo señala Boaventura de Sousa Santos “la ciencia moderna consagró al hombre en cuanto sujeto epistémico, pero lo expulsó en tanto que sujeto empírico”<sup>1021</sup>. Nada puede decirse sobre las particularidades humanas, solo sobre los conceptos previos a todo conocimiento, que son el conocimiento y por lo tanto la verdad misma. La dicotomía sujeto/objeto marca la diferencia entre condiciones del conocimiento y objeto del conocimiento, escindiendo una vez más al sujeto real, como de hecho lo hizo la antropología occidental que separó al civilizado del salvaje. En clave de filosofía política es posible decir con De Sousa Santos que “Esa deshumanización del objeto fue crucial para consolidar una concepción del conocimiento instrumental y reguladora, cuya forma de saber era la conquista del caos por el orden”<sup>1022</sup>. En el acceso a la verdad, la disección entre sujeto y objeto, entre lo cognoscible y lo ininteligible, reserva el saber a quienes son dotados – beneficiados en verdad por la apropiación - de ese saber trascendente y de este modo configura el poder de control y dominación que caracteriza al proyecto de sujeto moderno, llamado a ser unas veces ese Yo trascendental y otras veces individuo propietario o Homo aeconómicus.

Parece ahora posible el volver a plantearse la pregunta inicial para dar claridad sobre ella: ¿Quién es el sujeto?, ese objeto de discusión que, sobre todo desde la crítica, es posible delinearla con claridad.

Martin Hopenhayn lo expone con precisión mayúscula:

---

<sup>1021</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 90.

<sup>1022</sup> De Sousa Santos. Op. cit. Página 92.

“Es aquel que se atribuye cualidades intrínseca que permiten discernir entre el conocimiento verdadero y el falso, y entre lo real y lo aparente; que se percibe como indisoluble en su identidad y consistente en sus convicciones; que cree conocer la racionalidad de la historia (y de su historia personal) y deducir de allí la capacidad para guiar esas mismas historias; y que se declara sujeto trascendental por cuanto se presume dotado de una moral de validez universal, o de la faculta para remontar el conocimiento de la realidad hasta sus razones últimas”<sup>1023</sup>.

Se trata en consecuencia no solo de un concepto del Yo, de una definición de estado, de una secuencia de estatutos, sino de un proyecto de verdad y de poder que inundará todo el espacio de la acción sobre lo real de la modernidad. La escisión de un sujeto ubicado entre lo cierto y lo falso reconstruye así las dicotomías del poder entre dominantes y dominados, como también las economías de lo posible: “La economía del dualismo prefiere fijarse motivos escasos pero que provean certezas perennes”<sup>1024</sup> y que nieguen la individuación del sujeto en una verdad total, conceptual, universal que encubra y disuelva las diferencias. En tanto que “La individuación es siempre un triunfo precario y provisorio contra un fondo disolvente que es el caos natural”<sup>1025</sup> se opta por la certeza universalisante del ser trascendental.

Pero, ¿que es esto que llaman trascendental?, ¿que es lo que nos sitúa en un plano que tiene todas estas complicaciones de enunciación, de comprensión y que parece transformar en difícil de acceso y más complicado desarrollo la idea original de que el sujeto era no un ente sino un alguien concreto que en la medida que se hacía cargo de sí, establecía un modo de estar en el mundo y no una mirada *objetiva* sobre lo que lo rodea y a lo que parece no pertenecer sino en la medida que se lo apropia, es decir, aquello que le pertenece?; ¿Cómo se ha pasado de un

---

<sup>1023</sup> Hopenhayn Martin. *Después del nihilismo. De Nietzsche a Foucault*. Editorial Andrés Bello. Barcelona, 1997. Página 11.

<sup>1024</sup> Hopenhayn Martin. Op. cit. Página 93.

<sup>1025</sup> Hopenhayn Martin. Op. cit. Página 82.



personaje preocupado de aprender técnicas que le permitan estar en el mundo mediante un arte de vivir bien a un sujeto trascendente conocedor y productor de verdad sobre un mundo de sensibilidades falsas o al menos despreciables?. ¿Es ese paso casual o causal? Para ello es necesario interrogar a Kant y Hegel una vez más, para vislumbrar cuanto hay en ese paso de un modo a otro, de un proyecto bien pensado.

Maurizio Ferraris nos lo explica con claridad cuando señala que con su *Crítica de la Razón Pura* “trasladando la atención del sujeto al objeto, Kant da un corte neto a la tradición anterior e inaugura una concepción de la filosofía como teoría del conocimiento y no como teoría del objeto... (en que el mismo filósofo declara su filosofía como trascendental)... es decir, se ocupa de las condiciones a priori del conocimiento y no, como en la vieja metafísica, de los objetos conocidos”<sup>1026</sup>. Para ejemplificarlo es posible decir que el problema no son entender que son las cosas, sino que debe entenderse por una cosa y como las cosas se adecuan a ese concepto para establecer si lo son o no, ya que “toda cosa es algo, pues de lo contrario no es una cosa, Y “ser algo” significa precisamente satisfacer los requisitos mínimos exigidos por los trascendentales”<sup>1027</sup>; trascendentales que se buscan no en el mundo sino en la mente.

Traducido ese *ser algo* al sujeto, se constituye así la cuestión del ser trascendental, en que ser real implica para Kant no exactamente lo que es sino lo que puede ser comprendido en una relación con el tiempo y el espacio desde un punto de vista de la ciencia física, es decir transcurso y movimiento. De ésta forma “la idea de que “ser” quiere decir principalmente “existir en el espacio y en el tiempo” es la idea sobre la que se basa la elección de la física como ciencia de referencia para la metafísica”<sup>1028</sup>, introduciendo con ello la idea de un ser trascendental, de un Yo que conoce y que es la base y la condición de todo conocimiento. *El conocimiento no es lo que se conoce sino lo que determina que es conocer.* “La idea

---

<sup>1026</sup> Ferraris, Maurizio. *Goodbye, Kant! Qué queda hoy de la Crítica de la razón pura*. Editorial Losada. Madrid. 2007. Página 55.

<sup>1027</sup> Ferraris, Maurizio. Op. cit. Página 56.

<sup>1028</sup> Ferraris, Maurizio. Op. cit. Página 79.

de fondo de Kant es que el Yo no debe constituir un simple soporte, una página en blanco en la que se inscriben las sensaciones, sino más bien la unidad sin la cual no se puede tener experiencia”<sup>1029</sup>.

Esa forma de concebir ese Yo es compleja y de doble momento se diría, ya que proviene del pensamiento abstracto medieval a la vez que se expande lanzándose hacia el futuro para determinar la presencia del Yo en tanto cogito abstracto a partir de Kant: “el Yo pienso se presenta como el padre de todos los principios, como el principio supremo de todos los juicios sintéticos; cada una de las experiencias vale en cuanto que está referida al Yo. Hemos visto que este supuesto se halla en la base de la revolución copernicana, y que la omnipresencia del Yo se debe en buena parte a la confusión sistemática entre Yo y Tiempo, favorecida por Kant, que reelabora una intuición de Agustín de Hipona (354-430), para quien el Tiempo no es resultado del movimiento de los objetos espaciales, sino que es el desarrollo (distensión, dice Agustín) del alma”<sup>1030</sup>. Importan en definitiva las categorías conceptuales y no las realidades materiales a las cuales se les aplican estas categorías buscando subsumir en las definiciones que se elaboran lo que las cosas son, aunque no den cuenta de ellas, sus relaciones, sus posibilidades, sus usos.

Analicemos con un poco más de detalle lo que Kant señalaba sobre este Yo trascendental fuente de todo conocimiento en su relación con el pensamiento y con la exterioridad, que es en definitiva la base del sujeto moderno propiamente tal y sobre el que la tradición idealista construirá sus claves para la esfera de la experiencia, es decir el mundo práctico en que cada uno de nosotros habitamos.

Recordemos primero que lo importante de éste sujeto es su relación con el mundo a partir del conocimiento que sobre aquél se tiene, que se posee no a partir de lo que se extrae de las cosas que en él existen, sino que se trata de un conocimiento a priori, en que son los conceptos los que forman las cosas y no al revés: lo que se piensa de las cosas es lo que estas son. Dice Kant al respecto: “La

---

<sup>1029</sup> Ferraris, Maurizio. Op. cit. Página 86.

<sup>1030</sup> Ferraris, Maurizio. Op. cit. Página 131.

razón de ello reside en que debemos asignar a priori y necesariamente a todas las cosas las propiedades que constituyen las condiciones que nos permiten pensarlas”<sup>1031</sup>, de manera que el “Yo pienso (tomado problemáticamente) contiene la forma de todo juicio del entendimiento y acompaña todas las categorías como su vehículo, es claro que las conclusiones extraídas de la misma solo pueden reflejar un uso trascendental del entendimiento, uso que excluye todo añadido empírico y de cuyo progreso no podemos, según lo dicho anteriormente, formarnos de antemano un concepto favorable”<sup>1032</sup>. Comienza así a definirse con mayor claridad este Yo trascendental, a la vez base y fuente de la subjetividad, en tanto no es un Yo concreto y definido sino más bien un presupuesto abstracto universal, un concepto del yo que se impone y superpone sobre los yo individuales que puedan encontrarse en el mundo real o de la experiencia en lenguaje kantiano.

Encontramos así en la *Crítica de la Razón Pura* una clarísima definición de que ha de entenderse por este sustrato del sujeto universal, cuando Kant señala que:

“*Sustancia* es aquello cuya representación constituye el *sujeto absoluto* de nuestros juicios, aquello que no puede, por tanto, ser empleado como determinación de otra cosa.

Yo, en cuanto ser pensante, soy el *sujeto absoluto* de todos mis juicios posibles, pero esta representación de mi mismo no puede ser usada como predicado de otra cosa.

Consiguientemente, yo en cuanto ser pensante (alma), *soy sustancia*”<sup>1033</sup>.

Ese ente llamado a ser sujeto, a construir con la impronta de su subjetividad las relaciones que se establecen no somos en definitiva ninguno de nosotros, ninguno de carne y hueso, sino un absoluto abstracto previo y ajeno a nuestras

---

<sup>1031</sup> Kant, Emmanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Taurus. México. 2006. Página 331.

<sup>1032</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 332.

<sup>1033</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 332

experiencias, que estará llamado a operar en su propio Yo en relación con su tiempo y su espacio, no con los tiempos, espacios y relaciones del mundo sensible de la experiencia, que para Kant vale bastante poco. De allí que se manifieste hasta un cierto desprecio por la experiencia, declarando una dosis de inutilidad del mundo real, que incluso en su particularidad atenta contra ese absoluto estado de la sustancia. Escribe Kant al respecto: “Es igualmente imposible derivar de la experiencia esa necesaria unidad del sujeto como condición de posibilidad de cada pensamiento, ya que la experiencia no nos da a conocer necesidad alguna, prescindiendo de que el concepto de unidad absoluta rebasa ampliamente su esfera”<sup>1034</sup>.

En definitiva, todo Yo, para ser esa sustancia de unidad universal, requiere en definitiva ser considerada solo la forma que lo alberga, solo el enunciado que lo define y no los resultados en que se evidencia. Nuevamente es Kant quien nos da un ejemplo que lejos de ser enrevesado resulta del todo claro:

“Pero no solamente encontramos un origen *a priori* entre juicios, sino incluso entre algunos conceptos. Eliminemos gradualmente de nuestro concepto empírico de *cuerpo* todo lo que tal concepto tiene de empírico: el color, la dureza o blandura, el peso, la misma impenetrabilidad. Queda siempre el espacio de dicho cuerpo (desaparecido ahora totalmente) ocupaba. No podemos eliminar este espacio. Igualmente, si en el concepto empírico de un objeto cualquiera, corpóreo o incorpóreo, suprimimos todas las propiedades que nos enseña la experiencia, no podemos, de todas formas, **quitarle aquella mediante la cual pensamos**, dicho objeto como sustancia o como inherente a una sustancia, aunque este concepto sea más determinado que el de objeto en general. Debemos, pues, confesar, convencidos por la necesidad con que **el concepto sustancia se nos impone**, que se asienta en nuestra facultad de conocer *a priori*”<sup>1035</sup> (el destacado es nuestro).

Se trata en consecuencia de la universalización e imposición sobre todo otro concepto posible de comprender al mundo y al Yo en medio de éste, de una

---

<sup>1034</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 335.

<sup>1035</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 44-45.

conciencia universal que determina y define al sujeto en tanto autoconciencia abstracta y única, donde todas las presentaciones parciales de los sujetos se disuelven en tanto solo es posible pensarlo de una manera, un Yo trascendental capaz de conocer la verdad. “En efecto, las diferentes representaciones dadas en una intuición no llegarían a formar conjuntamente *mis* representaciones si no pertenecieran todas a una sola autoconciencia”<sup>1036</sup>. Todo sujeto solo es susceptible de ser llamado así –y por ende de ser considerado tal y no otro tipo de ente (persona por ejemplo) y por lo tanto tener un lugar en la verdad, en el saber y con ello en el poder, si se ajusta a este principio de imposición universal. El siguiente párrafo de la *Crítica de la Razón Pura* que me permito citar en extenso, lo explica con una claridad definitiva:

“El hombre es uno de los fenómenos del mundo sensible. En éste sentido, es también una de las causas naturales cuya causalidad ha de estar regulada por leyes empíricas. Como causa natural, debe poseer, consiguientemente, un carácter empírico, como lo poseen todas las cosas naturales. Conocemos ese carácter a través de las fuerzas y de las facultades que manifiesta en sus actos. En la naturaleza inanimada y en la simplemente animal, no hallamos fundamento ninguno que nos haga concebir una facultad que se halle condicionada de manera distinta de la meramente sensible. Pero el hombre, que, por lo demás no conoce la naturaleza entera más que a través de los sentidos, se conoce también a sí mismo a través de la simple apercepción, y ello mediante actos y determinaciones internas que no puede en modo alguno incluir en las impresiones de los sentidos. El hombre es, pues, Fenómeno, por una parte, y por otra, esto es, en relación con ciertas facultades, objeto meramente inteligible, ya que su acción no puede en absoluto ser incluida en la receptividad de la sensibilidad. Llamamos a estas facultades entendimiento y razón. Es especialmente ésta última la que se distingue de modo muy peculiar y preferente de todas las facultades empíricamente condicionadas, ya que sólo considera sus objetos desde el punto de vista de ideas, determinando de acuerdo con ellas al entendimiento, el cual efectúa después un uso empírico de sus conceptos (igualmente puros)”<sup>1037</sup>.

De allí entonces que podamos ya sacar algunas conclusiones que delinean al sujeto que Kant propone e impone:

---

<sup>1036</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 154.

<sup>1037</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 472.

- Hombre en tanto ser natural (persona se le llamará jurídicamente) y sujeto son conceptos distintos. Uno es un ser inmerso en la naturaleza en sus percepciones sensoriales del mundo, algo que existe pero no el ente que importa, por que el sujeto es algo más, es una condición distinta, superior, necesaria, para dirigir y ordenar ese mundo sensible.

- Ya el uso mismo del lenguaje que emplea Kant lo demuestra claramente. Mientras que en alemán el concepto genérico **hombre** en tanto miembro de la especie se escribe **Mensch**, para decir **sujeto** se usa la expresión **Subjekt**. Si además contemplamos la expresión **persona**, que se refiere a un individuo singular, más cercano a la idea de hombre como especie, que se escribe **Person**, resulta clara la distinción dicotómica entre el concepto que goza de sustancia del sujeto de las expresiones particulares de éste en tanto *hombre*.

- Mediante esta forma de razonamiento resulta así posible desdoblar a un hombre particular entre su ser natural y su ser real trascendental que es universal y que es, en ese universo del ser trascendente, el único que importa realmente. Del primero podemos conocer sus experiencias y sus sensibilidades en tanto parte de ese mundo natural; del segundo lo que nos importa son sus actos, o mejor dicho, la manifestación de ellos en tanto manifestación de su voluntad (Ausdruck des Willens), en las cuales lo sensible no es capaz de influir y alterar su expresión racional.

- Así, secuencialmente, una cosa esencial por su sustancia es su voluntad racional y universal, otra la expresión de ésta en sus actos y una bien diferente el uso empírico de esos conceptos y su manifestación, lo que resultará fundamental a la hora de construir imperativos categóricos, apodícticos e irresistibles que tengan *fuerza de ley*<sup>1038</sup> sobre la realidad empírica.

---

<sup>1038</sup> “To Enforce The Law”. Al respecto, para una discusión sobre la fuerza imperativa de aplicación de la ley, ver Derrida, Jacques. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2002.

¿Cómo entender esto sin extraviarse en un razonamiento dificultosamente abstracto? Recordemos para ello lo que el propio Kant nos dice sobre la cuestión: lo que se está diciendo del sujeto y su Yo no es en realidad una reflexión sobre un fenómeno, un estudio sobre el sujeto del cual, una vez analizado este en su concreción se hayan extraído determinadas conclusiones que se plasman en las nociones antes expuestas. No se trata de un estudio del sujeto sino de una definición a priori, antes y a pesar de todo individuo concreto, de aquello que deberá - sí o sí - entenderse en adelante como sujeto, como subjetividad, como acción del yo desde su conocimiento del mundo para la satisfacción de su sustancia. La única posibilidad para entenderlo claramente es analizar esta teoría como un proyecto de construcción de una realidad nueva, no como conclusiones (juicios sintéticos a posteriori en lenguaje de Kant) acerca de algún pasado. ¿Cuál y como es este proyecto? La respuesta me parece se encuentra en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* donde nuestro autor establece el paradigma del contractualismo y de la voluntad autónoma que lo sustenta.

La definición de Kant sobre el sujeto es nítida: “el sujeto de todos los fines, según el segundo principio, es todo ser racional como fin en sí mismo, de donde sigue un tercer principio práctico de la voluntad como condición suprema de la concordancia entre ésta y la razón práctica universal, a saber, la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora”<sup>1039</sup>.

De aquí, y a partir de este texto es posible analizar detalladamente cuales son los componentes de esta definición de *sujeto como fin en sí mismo expresado en una voluntad racional legisladora*:

a) Si el sujeto se define, como lo señalaba en la Crítica de la Razón Pura, por su conocimiento y participación en el saber universal constante, puede entenderse entonces que “el hombre y en general, todo ser racional”<sup>1040</sup>, existe como fin en sí

---

<sup>1039</sup> Kant Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 107.

<sup>1040</sup> ¿Cuáles serían esos otros seres racionales?. Es una pregunta que Kant deja sin contestar, lo que en un pensador que intenta señalar la totalidad aparece como francamente dudoso. Mi interpretación es que esos otros seres son los entes corporativos, entidades, empresas, que expresando fines racionales concurren a la participación mercantil contractual con manifestación e intercambio de sus voluntades.

mismo y no solo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad y debe siempre ser considerado al mismo tiempo como fin de todas sus acciones, no solo las dirigidas a sí mismo son las dirigidas también a los demás seres racionales”<sup>1041</sup>, de manera que en todas estas relaciones racionales cada uno cada uno vela primero por sí mismo en tanto *fin en sí* de esa naturaleza racional a priori del mundo, a diferencia de aquellos seres irracionales que son disponibles para asegurar ese fin de sí mismo, ya que “Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad sino en la naturaleza tienen, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como simples medios y por eso se llaman cosas. En cambio, los seres racionales se llaman personas por que su naturaleza los distingue como fines en sí mismos”<sup>1042</sup>. De ésta forma la naturaleza de los seres no queda dado por un componente biológico sino por la disponibilidad de esta a partir de un orden racional de disponibilidad definida para satisfacer ese fin que vela por sí mismo en cada sujeto racional.

b) La enunciación de los imperativos prácticos ayuda a entenderlo un poco mejor, ya que se trata de una expresión de relaciones exclusivamente entre seres racionales que se colocan y ponen a sí mismos como fines en sí. De éste modo si el imperativo práctico puede enunciarse diciendo que consiste en el mandato para el sujeto que le señala “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solo como un medio”<sup>1043</sup>, a lo que agrega expresamente que el hombre no es una cosa, puede captarse como las relaciones entre sujetos afirman sus decisiones sobre las cosas y no sobre ellos, trasladando el intercambio de lo disponible a esas cosas. Se trata del fin de la servidumbre y la cosificación de los sujetos, que se afirma en los seres racionales pero que excluye a los de la naturaleza (irracional en sí) quienes quedan reducidos a ser considerados una res, como efectivamente lo fueron los negros, indios y mujeres, tan naturales como irracionales.

---

<sup>1041</sup> Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004. Página 102.

<sup>1042</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 102-103.

<sup>1043</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 104.



c) En ese orden de cosas, el fin que se atribuye al sujeto es el de la felicidad, de manera que la felicidad en una idea que los fines de los otros, al ser también seres fin en sí mismos, son parte del mío también, pero no en un sentido de acción solidaria, sino que “es una concordancia meramente negativa y no positiva con la humanidad como fin en sí el que nadie se esfuerce en lo que pueda por fomentar los fines ajenos”<sup>1044</sup>, de manera que la ley universal de los sujetos es una ley de afirmación del individualismo.

d) Ese es el contenido de la naturaleza racional del sujeto, se trata de “un principio objetivo de la voluntad y pueda servir, en consecuencia, como ley práctica universal. El fundamento de este principio es así: la naturaleza racional existe como fin en sí misma”<sup>1045</sup>.

e) Se naturaliza así la concepción antropológica individualista, toda vez que si esa acción positiva de velar por los propios fines y negativa de reconocer el individuo del otro racional es una ley natural y esta deviene universal, se configura un orden legislativo que es el único posible. O como lo señala el mismo Kant: “Puesto que la universalidad de la ley por la que suceden determinados efectos constituye lo que se llama naturaleza en su sentido más amplio (atendiendo a la forma), es decir, la existencia de las cosas en cuanto están determinadas por leyes universales, resulta que **el imperativo universal del deber** (*el destacado es nuestro*) acepta esta otra formulación: obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”<sup>1046</sup>. Una ley es un orden universal, un proyecto de globalidad que, en las categorías de Kant, debe imprimirse al tiempo y al espacio en sí, como formas esenciales, y con ello, en la razón práctica, a todo tiempo y espacio.

f) La formulación de ese orden del sujeto racional es no sólo un imperativo que provenga de una racionalización de esos fines, sino que tiene el carácter de necesidad; una necesidad de derecho, no de hecho: “En efecto, solo la ley lleva

---

<sup>1044</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 106.

<sup>1045</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 103.

<sup>1046</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 92.

consigo el concepto de una necesidad incondicionada y objetiva, y, por tanto, válida universalmente, y los mandatos son leyes a las que hay que obedecer, esto es, dar cumplimiento aun en contra de las inclinaciones”<sup>1047</sup>.

g) En esa antropología del fin individualista es entonces la voluntad, como atributo de expresión y constitución de esa subjetividad lo que constituye el núcleo central del orden universal, voluntad “pensada como la facultad de determinarse uno a sí mismo a obrar conforme a la representación de ciertas leyes”<sup>1048</sup>, voluntad que se mantiene racional si y solo si en tanto se ajusta a la ley universal. “Justamente ésta es la fórmula del imperativo categórico y el principio de la moralidad. En consecuencia, voluntad libre y voluntad sometida a leyes morales son la misma cosa”<sup>1049</sup>.

h) Conviene entonces ahora establecer con claridad en que consiste exactamente el principio de autonomía de la voluntad que Kant establece como representación máxima de la voluntad del sujeto, y de la cual su manifestación es solo una representación de un estado continuo de existencia. “La autonomía de la voluntad es el estado por el cual ésta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer”<sup>1050</sup>; se trata de una regla de imperativo en que “la voluntad de todo ser racional está vinculada necesariamente a tal regla como su condición”<sup>1051</sup>, reglas universales que son independientes de las situaciones materiales de desarrollo, el sujeto racional es así un sujeto desprovisto de condicionantes materiales y habitante de un mundo ininteligible. “En este sentido, el concepto de un mundo ininteligible no es más que un punto de vista que la razón se ve obligada a tomar fuera de los fenómenos para pensarse a sí misma como

---

<sup>1047</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 86.

<sup>1048</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 101.

<sup>1049</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 130.

<sup>1050</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 119.

<sup>1051</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 120.

práctica, punto de vista que no sería posible si los influjos de la sensibilidad fueran determinantes para el hombre”<sup>1052</sup>.

i) Podemos en consecuencia regresar al concepto nuclear del sujeto kantiano, de éste ser racional que no transita en el mundo de las experiencias contextualizadas ya no geométricamente (tiempo y espacio) sino geográficamente (lugar, condiciones, temporalidades). “El ser racional se considera, al ser inteligencia, perteneciente al mundo inteligible, y llama voluntad a su causalidad porque la considera una causa eficiente perteneciente solo a ese mundo”<sup>1053</sup>.

j) “En otras palabras, su voluntad no puede ser voluntad propia más que bajo la idea de libertad, con lo que, en consecuencia, ésta ha de ser atribuida a todos los seres racionales”<sup>1054</sup>. Un sujeto fuera de la emergencia cotidiana, lo que solo podría traducirse en un tipo concreto de sujeto, como lo expondrá posteriormente Hegel al asimilar voluntad libre con libertad, y esta con la propiedad.

Avancemos otro paso.

Reforzando pero también reorientando hacia un punto de vista decididamente liberal, Friedrich Hegel se preocupará no ya solo de determinar la esencia del sujeto y la autonomía de la voluntad como la expresión de su conocimiento del mundo, sino de darle una forma de saber de derecho, una perspectivas de juridicidad, una *Idea* convertida en certeza ideológica e institucional.

En *Principios de la Filosofía del Derecho* escribe: “la libertad es una determinación fundamental de la voluntad del mismo modo que el peso de los cuerpos... El peso constituye el cuerpo y es cuerpo. Lo mismo ocurre con la libertad y la voluntad, pues lo libre es la voluntad. Voluntad sin libertad es una palabra vacía,

---

<sup>1052</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 146.

<sup>1053</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 139.

<sup>1054</sup> Kant, Emmanuel. Op. cit. Página 132.

y a su vez la libertad solo es real como voluntad, como sujeto”<sup>1055</sup>. Y luego agregará que “Una voluntad que no decide nada no es una voluntad real”<sup>1056</sup>.

Con contundencia señalará mas adelante en la misma obra:

“El sujeto es la serie de sus acciones. Si esta es una serie de producciones sin valor, también carecerá de valor la subjetividad del querer; si, por el contrario, la serie de sus hechos es de naturaleza sustancial, también lo será la voluntad interna del individuo”<sup>1057</sup>.

¿Como comprender cabalmente a la formación de subjetividad que es constitución de una objetividad que constituye pero a la vez representa la idea sustancial del mundo racional, pero que requiere actuar, decidir, afirmarse?

Al igual que en Kant, con un lenguaje aún más intrincado, Hegel sitúa los problemas de la subjetividad, la voluntad y la libertad con respecto de la cuestión de la verdad, de la consagración de una verdad universal total que representa la verdadera manifestación de su espíritu, que requiere una determinación del sujeto, una toma de conciencia de su sustancia, una puesta en movimiento de su voluntad, una acción de su devenir dialéctico.

En *Fenomenología del Espíritu* señalará que:

“Según mi modo de ver, que deberá justificarse solamente mediante la exposición del sistema mismo, todo depende de que lo verdadero no se aprehenda y se exprese como sustancia, sino también y en la misma medida como sujeto”<sup>1058</sup>,

---

<sup>1055</sup> Hegel, Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 79.

<sup>1056</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 93.

<sup>1057</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 219.

<sup>1058</sup> Hegel, Friedrich. *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica España S.A. Madrid. 1966. Página 9.

y agregará una frase de suyo complicada pero que leída con detalle dice muchísimo:

*“La sustancia viva es, además, el ser que es en verdad sujeto o, lo que tanto vale, que es en verdad real, pero sólo en cuanto es el movimiento del ponerse a sí misma o la mediación de su devenir otro consigo misma. Es, en cuanto sujeto, la pura y simple negatividad y es, cabalmente por ello, el desdoblamiento de lo simple o la duplicación que contrapone, que es de nuevo la negación de esta indiferente diversidad y de su contraposición: lo verdadero es solamente esta igualdad que se restaura o la reflexión en el ser otro en sí mismo, y no una unidad originaria en cuanto tal o una unidad inmediata en cuanto tal. Es el devenir de sí mismo, el círculo que presupone y tiene por comienzo su término como su fin y que sólo es real por medio de su desarrollo y de su fin”<sup>1059</sup>.*

Es el sujeto el que representa la sustancia viva, en tanto que es portador de una verdad real, que en el ejercicio dialéctico de oponerse la individualidad al encuentro con los otros reafirma la síntesis de la totalidad universal que vuelve a esa individualidad.

Esa clave de la totalidad expresada es la expresión misma de la modernidad; o como lo dirá Hegel “El que lo verdadero sólo es real como sistema o el que la sustancia es esencialmente sujeto se expresa en la representación que enuncia, lo absoluto como espíritu, el concepto más elevado de todos y que pertenece a la época moderna y a su religión. Sólo lo espiritual es lo real; es la esencia o el ser en sí, lo que se mantiene y lo determinado -el ser otro y el ser para sí- y lo que permanece en sí mismo en esta determinabilidad o en su ser fuera de sí o es en y para sí”<sup>1060</sup>. Sin embargo sabemos ya algo de ese movimiento dialéctico que va de lo absoluto a lo particular para retornar a la totalidad del absoluto inicial. “La proposición debe expresar lo que es lo verdadero, pero ello es, esencialmente, sujeto; y, en cuanto tal, es sólo el movimiento dialéctico, este proceso que se engendra a sí mismo, que se desarrolla y retorna a sí”<sup>1061</sup>.

---

<sup>1059</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 10.

<sup>1060</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 12.

<sup>1061</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 28.

El contenido del sujeto desde Kant hasta acá ha cambiado en un desplazamiento mínimo, pero definitivo. El verdadero sujeto, portador de verdad y de la esencia de lo en sí no es ya el sujeto-individuo aislado, que no representa sino una particularidad en reposo, un predicado que se vacía, sino que el verdadero sujeto es aquel que representa su desarrollo dialéctico, su puesta en movimiento. La comprensión del sujeto en tanto solo individuo es en Hegel una pérdida de su sentido en tanto no se orienta al cumplimiento de su fin en la universalidad. “La conciencia experimenta que ninguno de aquellos momentos es sujeto, sino que se disuelve más bien en la cosa universal misma; los momentos de la individualidad, que para la carencia de pensamiento de esta conciencia valían uno tras otro como sujeto, se agrupan en la individualidad simple, que, al ser ésta, es al mismo tiempo inmediatamente universal. La cosa misma pierde, con ello, la relación de predicado y la determinabilidad de lo universal abstracto y sin vida, y es más bien la sustancia penetrada por la individualidad; el sujeto, en el que la individualidad es tanto como ella misma o como ésta así como todos los individuos, y lo universal que sólo es un ser como este obra de todos y cada uno, una realidad por cuanto que esta conciencia la sabe como su realidad singular y como la realidad de todo”<sup>1062</sup>.

Establecerse como sujeto requiere entonces no ya la negación de la contraposición sino la afirmación de sí como un universal que se constituye como tal en la medida que se despliega y se hace cierta: “la certeza de sí es el sujeto universal y su concepto consciente la esencia de toda realidad”<sup>1063</sup>.

“Pero el sujeto mismo, y también por tanto este puro universal, es revelado como sí mismo, pues este sí mismo es precisamente este interior reflejado en sí que es allí de un modo inmediato y que es la propia certeza de aquel sí mismo para el que es allí. Esto -el ser con arreglo a su concepto lo revelado es, pues, la verdadera figura del espíritu, y esta su figura, el concepto, es también únicamente su esencia y su sustancia. El espíritu es sabido como autoconciencia y es inmediatamente revelado a ésta, pues es esta misma; la naturaleza divina es lo mismo que lo que es la humana y es esta unidad la que deviene intuita”<sup>1064</sup>.

---

<sup>1062</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 156-157.

<sup>1063</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 220.

<sup>1064</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 283.

Se trata de la revelación, de la expresión de esa universalidad intuita e instituida, la voluntad que se exterioriza y de esa forma se universaliza. Es la importancia capital de concebir al sujeto-individuo-esencia de totalidad no ya como un reflejo aislado, como una fotografía de esa esencia, sino del movimiento de él como fuerza que lo constituye. “Así, pues, el espíritu es espíritu que se sabe a sí mismo; se sabe, lo que para él es objeto es, o su representación es el verdadero contenido absoluto; expresa, como veíamos, al espíritu mismo. Y, al mismo tiempo, no sólo es contenido de la autoconciencia y no sólo es objeto para ella, sino que es también espíritu real. Es esto por cuanto que recorre los tres elementos de su naturaleza; este movimiento a través de sí mismo constituye su realidad; -lo que se mueve es él, él es el sujeto del movimiento y es, igualmente, el moverse mismo, o la sustancia a través de la cual pasa el sujeto.”<sup>1065</sup>.

La dialéctica hegeliana es entonces, además del método de construcción de verdad, la afirmación de su proyecto, la validación y elevación de la subjetividad y su universalidad despojada de todo teísmo y espiritualidad sin tiempo, sino un movimiento de constitución. “Así, pues, el espíritu es espíritu que se sabe a sí mismo; se sabe, lo que para él es objeto es, o su representación es el verdadero contenido absoluto; expresa, como veíamos, al espíritu mismo. Y, al mismo tiempo, no sólo es contenido de la autoconciencia y no sólo es objeto para ella, sino que es también espíritu real. Es esto por cuanto que recorre los tres elementos de su naturaleza; este movimiento a través de sí mismo constituye su realidad; -lo que se mueve es él, él es el sujeto del movimiento y es, igualmente, el moverse mismo, o la sustancia a través de la cual pasa el sujeto.”<sup>1066</sup>. La toma de conciencia de sí mismo en tanto motor base de toda comunidad universal constituye la identidad y el despliegue del proyecto de la subjetividad que intercambia y se relaciona consigo mismo, su voluntad, con la universalidad de su en sí, el principio absoluto de la subjetividad como certeza y el retorno a la verdad de su expresión.

“Una vez que el espíritu ha alcanzado el concepto, despliega el ser allí y el movimiento en este éter de su vida, y es ciencia. En ella, los momentos de su movimiento no se presentan

---

<sup>1065</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 293.

<sup>1066</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 299.

ya como determinadas figuras de la conciencia, sino, en cuanto que la diferencia de la conciencia ha retornado al sí mismo, como conceptos determinados y como el movimiento orgánico, fundado en sí mismo, de dichos conceptos”<sup>1067</sup>.

A esa forma universal que debe traducirse en sujeto es a lo que Hegel denominará como espíritu, como idea superior de una estructura de verdad inmutable, esencial, definitiva, que inicia y termina su movimiento en sí mismo. Por ello señala que “La meta, el saber absoluto o el espíritu que se sabe a sí mismo como espíritu tiene como su camino el recuerdo de los espíritus como son en ellos mismos y como llevan a cabo la organización de su reino. Su conservación vista por el lado de su ser allí libre, que se manifiesta en la forma de lo contingente, es la historia, pero vista por el lado de su organización conceptual es la ciencia del saber que se manifiesta, uno y otro juntos, la historia concebida, forman el recuerdo y el calvario del espíritu absoluto, la realidad, la verdad y la certeza de su trono”<sup>1068</sup>. De ésta forma parece que nos hemos elevado a un alto sistema de espiritualidad, que en parte lo es, cuando en verdad ha hablado de la expresión de la totalidad de su idea, de su proyecto social que expresa en el Estado, el Derecho, la familia como lugar de propagación y reproducción de la propiedad. La religión laica del capitalismo y sus fundamentos queda establecida y su actor fundamental es ya no un mesías abstracto sino este nuevo sujeto moderno constituido y por constituir en su movimiento permanente.

Esto, que parece tan absolutamente abstracto adquiere sin embargo manifiesta especificidad y concreción cuando observamos no sólo su aspecto metafísico sino la juridicidad a la que tiende, de modo que si el espíritu de la totalidad es forma, esa forma es la forma jurídica que la expresará en la sociedad civilizada del Estado universal en la historia.

Leyendo nuevamente *Principios de la Filosofía del Derecho*, Hegel nos aclara varios puntos acerca del pensamiento de la libertad y la voluntad que resulta conveniente tener en cuenta para aclarar esta compleja maraña que parece haber

---

<sup>1067</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 301.

<sup>1068</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 302.



tejido en las redes de su dialéctica dispuesta para atrapar toda contradicción dentro de sí. Voy a permitirme señalar cinco frases al respecto:

“Toda representación es una universalización y esta le pertenece al pensamiento. Hacer algo universal quiere decir pensarlo”<sup>1069</sup>.

“Lo teórico está esencialmente incluido en lo práctico”<sup>1070</sup>.

“El hombre es el puro pensamiento de sí mismo”<sup>1071</sup>

“La voluntad ya tiene, pues, dentro de sí la diferencia entre individualidad y universalidad y, con ello, está determinada... Lo que constituye aquí la determinación es la identidad abstracta; de este modo, la voluntad se torna voluntad individual, la persona”<sup>1072</sup>.

“La persona es por lo tanto el sujeto para el cual es esta subjetividad; en ella soy absolutamente para mí: es la individualidad de la libertad en el puro ser por sí.... La personalidad contiene la capacidad jurídica y constituye el concepto y el fundamento – él también abstracto – del derecho abstracto y por ello formal”<sup>1073</sup>.

Sucesivamente, dirá que el derecho, en el que se da esa subjetividad es la libertad que se manifiesta en tres momentos: la posesión, que es propiedad; la persona que se relaciona con otros por el contrato; y la voluntad, como voluntad particular. De ésta forma la persona “para existir como idea, tiene que darse para su libertad una esfera exterior”<sup>1074</sup>, y ese exterior resulta ser la esfera de los objetos apropiables: “La persona tiene el derecho de poner su voluntad en toda cosa, que de ésta manera es mía y recibe a mí voluntad como su fin substancial (que ella en sí misma no tiene), como su determinación y su alma. Es el derecho de apropiación del hombre sobre toda cosa”<sup>1075</sup>. Así, **propiedad, libertad y voluntad** constituyen una

---

<sup>1069</sup> Hegel, Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 79.

<sup>1070</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 80.

<sup>1071</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 82.

<sup>1072</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 117-118.

<sup>1073</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 119.

<sup>1074</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 125.

<sup>1075</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 128.

triada insustituible para conformar la persona como concepto que es sinónimo de sujeto. “En la propiedad mi voluntad es personal, pero la persona es un esto, la propiedad será por lo tanto lo personal de esta voluntad”<sup>1076</sup> donde serán los actos de apropiación y disposición los que constituirán la esfera de la exterioridad de la subjetividad, la manifestación en el campo de lo práctico de ésta decisión del pensamiento que es la apropiación, ya que “En relación con las cosas exteriores, lo racional es que posea propiedad”<sup>1077</sup> y que en el campo de la sociedad, se traduce en la necesidad que esa apropiación sea individual y particular en su materialidad y en su uso. “De tal manera, si el uso me corresponde, soy el propietario de la cosa, no quedando nada de la extensión total de su uso que pueda ser propiedad de otro”<sup>1078</sup>. De ésta forma, la forma de lo personal, de la voluntad y la libertad, la única forma posible para el sujeto que se constituye en persona y que admite el calificativo de racional y necesaria está fijada, es una sola, la del individuo propietario.

Podemos en consecuencia señalar con mayor claridad esta relación de persona, subjetividad, propiedad y vínculo contractual del sujeto propietario, mostrando como cuando Hegel dice que “Las anteriores determinaciones están principalmente referidas a la proposición de que la personalidad debe tener existencia en la propiedad. De lo dicho se desprende que el primero que toma posesión es también el propietario. El primero no es propietario de derecho por ser el primero, sino por que es voluntad libre, ay que solo es primero por que después de él aparece otro”<sup>1079</sup>, con esto hace a la vez una referencia al proceso de intercambio que se requiere para manifestar vivamente esa exterioridad, toda vez que “La propiedad en la que el lado de la existencia o la exterioridad ya no es solo una cosa sino que contiene en sí el momento de una voluntad (por lo tanto distinta) se establece por medio del contrato... (y así)... No solo puedo enajenar una propiedad como una cosa exterior, sino que por su concepto debo hacerlo para que mi voluntad, en cuanto existente, sea objetiva”<sup>1080</sup>.

---

<sup>1076</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 130.

<sup>1077</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 133.

<sup>1078</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 145.

<sup>1079</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 135.

<sup>1080</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 161.

Queda así establecido el núcleo duro de la base filosófica del sujeto moderno, y como su expresión institucionalizada en la familia, en la propiedad y en el estado. Analicemos a continuación que de particular adquiere este constructo cuando lo remitimos directamente al debate jurídico y la calidad de sujeto dice relación con la construcción de un proyecto social determinado que elabora sus propias nociones, sus propios actores, sus tiempos y ejercicios, sus objetos, su resultado.

### **El sujeto como sujeto jurídico y propietario.**

En *Principios de Filosofía del Derecho* Hegel escribe: “Cuando hablamos de derecho no aludimos meramente al derecho civil, a lo que generalmente se entiende por derecho, sino también a la moralidad, la eticidad y la historia mundial, que también pertenecen a nuestro asunto por que el concepto reine los pensamientos de acuerdo con la verdad. Para no seguir siendo abstracta la voluntad libre debe darse, en primer lugar, una existencia, y el primer material sensible de esta existencia son las cosas exteriores. Este primer modo de la libertad es lo que conocemos como *propiedad*, es la esfera del derecho formal y abstracto, a la que también pertenecen la propiedad en su figura mediada como contrato y el derecho en cuanto lesionado, como delito y como pena”, determinado así las tres esferas en las que el derecho occidental moderno y liberal debía desarrollarse y desplegarse hasta su totalidad. Se conjugan así los tres momentos clave del proyecto social del liberalismo, la de la individualidad libre en tanto libertad, la de la mediación de intercambio y disposición del contrato y la de la totalidad de la sanción en tanto protección de la necesidad, el momento de una soberanía superior a la de la individualidad solo en tanto retorna a asegurar ese momento de la individualidad propietaria.

La facultad esencial del derecho real de dominio en tanto voluntad de disposición total, desde la maximización del interés hasta el abandono. “La voluntad puede siempre abandonar”<sup>1081</sup>, como manifestación externa de esa voluntad libre

---

<sup>1081</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 96.

que pueda disponer como manifestación total de esa voluntad. “La libertad de la voluntad es el arbitrio”<sup>1082</sup> ha señalado. Traducido a legislaciones inspiradas en ese credo puede leerse, por ejemplo, en el Código Civil chileno, en su artículo 12 que “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. La prohibición de renuncia es precisamente la facultad del Estado para limitar el arbitrio en tanto pueda asegurarse la reproducción de la libertad de base, es decir, el aseguramiento de la propiedad. “Este estadio de la *sociedad civil* ha sido frecuentemente tomado por el Estado mismo. Pero el *Estado* sólo es el tercero; es la eticidad misma y el espíritu, en el que tiene lugar la unión de la individualidad y la sustancialidad universal. El derecho del Estado está, por tanto, en un nivel superior al de los otros estadios; es la libertad en su configuración más concreta, que sólo se subordina a la suprema verdad absoluta del espíritu del mundo”<sup>1083</sup>.

Conviene situar en ésta perspectiva el problema del sujeto en su manifestación como sujeto jurídico; esto es, de que manera este sujeto que se configura es en verdad la consagración de un proyecto jurídico-político que representa un ideal de ciudadano que, para alcanzar y ejercer su libertad, requiere una base propietaria que lo constituye. Intentemos cercar éstas características para establecer aquello que resume Pietro Barcellona cuando expresa que “En la época moderna, el sujeto se presenta con la cualidad del propietario, el sujeto moderno es el sujeto de la propiedad moderna”<sup>1084</sup>.

De allí que podamos decir que la cuestión del sujeto jurídico es el problema de la relación entre individuo, propiedad, intercambio y estado, y ese es siempre, e nivel de micro y macro estructuras, un problema político. Alcanza siempre a todas esas dimensiones y se expresa ya en los discursos sobre su régimen, ya en la formalidad de la ley, en la práctica de las instituciones, en las necesidades y los modos de acceso a sus satisfactores y en el tipo de orden que se extiende territorialmente.

---

<sup>1082</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 94.

<sup>1083</sup> Hegel, Friedrich. Op. cit. Página 114.

<sup>1084</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 1996. Página 90.

Por esto es que Marx, contradictor no del instrumental metodológico de Hegel sino de la propuesta política que éste y los economistas políticos del liberalismo sostenían, escribe intentando abarcar estos tres niveles – el individual propietario, el relacional contractual y el estatal político - y en ello, lo que queda desnudo con la crítica económica al capitalismo, es el lugar que en ese orden ocupan los sujetos, tanto a nivel ideológico como del derecho. “*Le droits de le’homme*, los derechos humanos, se distinguen en cuanto tales de los *droist du citoyen*, los derechos políticos. ¿Quién es este *homme* distinto del *citoyen*? Ni más ni menos que el miembro de la sociedad burguesa ¿Por qué se llama hombre, hombre a secas? ¿Por qué se llaman sus derechos *derechos humanos*? ¿Cómo explicar éste hecho? Por la relación entre el Estado político y la sociedad burguesa, por lo que es la misma emancipación política”<sup>1085</sup>. De ésta forma ese hombre con derechos propios y distintos a los de la ciudadanía es en verdad el miembro de la sociedad burguesa “es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad”<sup>1086</sup>. Es este el que gozará de manera particular las garantías de libertad, igualdad y seguridad que el ordenamiento consagra, objetivizando los principios universales de ésta sociedad burguesa en pleno desarrollo ya a esa época. El derecho de la libertad es el derecho del aislamiento de la propiedad en el individuo, “el derecho del individuo restringido, circunscrito a sí mismo”<sup>1087</sup>, que le permite prescindir de los otros hombres para su disposición, actuar con independencia de la sociedad; es el derecho del propio interés sostuvo Marx, y hay que atender a esto para entender que el sujeto que se establece como sujeto de derechos es antes que jurídico un sujeto económico. La igualdad queda en consecuencia no sólo formalizada sino vaciada de todo contenido sustantivo que no sea éste aislamiento en su propiedad, “todos los hombres en cuanto tales son vistos por igual como mónadas independientes”<sup>1088</sup>, en que la frontera entre un tipo de hombre y otro está marcada no por la ley sino por la propiedad, garantizada por esa ley que es lo que le da la seguridad de sí mismo, una seguridad externa garantizada por el estado: “La seguridad es el supremo concepto

---

<sup>1085</sup> Marx, Karl. *Antología*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Página 73.

<sup>1086</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 73.

<sup>1087</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 74.

<sup>1088</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 75.

social de la sociedad burguesa, el concepto de *orden público*: la razón de existir de toda la sociedad es garantizar cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad. En ese sentido Hegel llama a la sociedad burguesa el Estado de la necesidad y del entendimiento discursivo (Filosofía del Derecho. 183.)<sup>1089</sup>.

Conviene además transcribir aquí lo que Hegel dice y Marx refiere: “En la sociedad civil cada uno es un fin para sí mismo y todos los demás no son nada para él”<sup>1090</sup>. Lo ejemplificaba todo ello a través de la Constitución Francesa de 1793<sup>1091</sup>, que contenía los valores esenciales de la nueva república, y que no era sino reflejo del valor social expresado ya antes en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, cuando se había sostenido en su artículo dos que *El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales del hombre*.

Denunciando a su vez la forma de relación que ese tipo de sociedad debía desarrollar para su reproducción, y estando claro que la propiedad no era solamente una cuestión de cosas, sino un estado de subjetividad sobre ella<sup>1092</sup>, y que a partir

---

<sup>1089</sup> Marx, Karl. Op. cit. Página 75..

<sup>1090</sup> Hegel, Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1999. Página 303.

<sup>1091</sup> Señalaban estas disposiciones:

Artículo 3º: La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos sea protegiendo o castigando. (La pena y el delito señalados por Hegel)

Artículo 6º: La libertad es el poder que tiene el hombre de hacer todo lo que no perjudique a los derechos de otro.

Artículo 8º: La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para que conserve su persona, sus derechos, sus propiedades.

Artículo 16º: El derecho de de propiedad es el que corresponde a todo ciudadano de disfrutar y disponer de sus bienes, sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su indus arbitrio ustria”.

<sup>1092</sup> En materia de derecho civil moderno, lo que caracteriza la propiedad más que el derecho real sobre una cosa es la posesión que sobre ella se ejerce, y con esto lo que la caracteriza es precisamente ese estado subjetivo, el animus de posesión sobre la cosa. Existe aquí una diferencia con el derecho romano en que el animus podía tenerlo sobre la cosa incluso el ladrón que, posesionado de ella pero comportándose como dueño podía disponer de ella. Existe en esto una notoria diferencia con la posesión de sentido liberal capitalista que se dará desde la Revolución Francesa en adelante. Al respecto, para una revisión del punto puede verse el *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano* de Friedricha Karl von Savigni, en su versión digitalizada por google en:

de las individualidades absolutas, las relaciones entre esos individuos que constituyen la formación de la sociedad civil requiere, precisamente, circulación de esas mercancías que son la base de su personalidad. “Para que estas cosas se relacionen las unas con las otras como mercancías, es necesario que sus guardianes se relacionen entre sí como personas cuyas voluntades moran en aquellos objetos, de tal modo que cada poseedor de una mercancía solo pueda apoderarse de la de otro por voluntad de éste y desprendiéndose de la suya propia; es decir, por medio de un acto de voluntad común a ambos. Es necesario por consiguiente, que ambas personas se reconozcan como propietarios privados”<sup>1093</sup>, escribe Marx.

Se verifica así el doble proceso individual de conjunción de los sujetos propietarios y la afección de sus voluntades en torno al intercambio de su propiedad. “Para que esta enajenación sea recíproca, basta que los hombres se consideren tácitamente propietarios privados de esos objetos enajenables, enfrentándose de éste modo como personas independientes las unas de las otras”<sup>1094</sup>, en una posición que no se produce en un sentido de comunidad sino privado, apartado de las necesidades de los sujetos que producen esas mercancías, divorciándose su valor de uso de su valor de cambio. “A partir de un determinado momento, es obligado a producir, por lo menos, una parte de los productos del trabajo con la intención de servirse de ellos para el cambio. A partir de éste momento, se consolida la separación entre la utilidad de los objetos para las necesidades directas de quién las produce y su utilidad para ser cambiadas por otros”<sup>1095</sup>. Se trata de una forma de producción que se manifiesta de forma atomística.

---

[http://books.google.cl/books?id=CuC\\_21Mf5qMC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=animus+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rnnynzqYrP&sig=-AQWeG5aptLf9ZluczCBdG\\_iEZO&hl=es&ei=AVi4SavLE4Oftwf80Li8CQ&sa=X&oi=book\\_result&resnum=4&ct=result#PPA2,M1](http://books.google.cl/books?id=CuC_21Mf5qMC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=animus+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rnnynzqYrP&sig=-AQWeG5aptLf9ZluczCBdG_iEZO&hl=es&ei=AVi4SavLE4Oftwf80Li8CQ&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#PPA2,M1) (Visita 10 Marzo del 2009).

<sup>1093</sup> Marx, Karl. *El Capital. Crítica de la Economía Política. Tomo I*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993. Página 48.

<sup>1094</sup> Marx, Karl. Op. cit Página 51.

<sup>1095</sup> Marx, Karl. Op. cit Página 51.

Lo anterior tiene de importancia por que, si Marx tiene razón en esto, nos obliga a ir un paso atrás en la determinación del sujeto, por que detrás - o en un paralelo de opacidad – lo que en verdad yace es una propuesta antropológica situada no en una subjetividad jurídica sino en una identidad económica, que propone (y eso permite entenderlo en su contexto de desarrollo histórico apartado de la falacia naturalista de su existencia apriorística) también a nivel de las identidades antropológicas del hombre y sus relaciones comunitarias, nuevas bases para una modernidad que también tiene su correlato, como vimos, en la conformación de un nuevo modelo de Estado, de paradigma científico y social atomístico, de una teoría de las necesidades fetichista e individualista que está, en lo que nos interesa, ensamblada por una teoría jurídica que trabaja tanto los macro-niveles de la estatalidad, el mezo-espacio de la sociedad civil y en el micro vínculo de los sujetos y sus contratos.

Si cada individuo es movido no por la necesidad del uso sino por la acumulación del valor de cambio como objetivo, de modo que sobre la propiedad que permite el intercambio no importa su posibilidad de consumo sino su capacidad de fungibilidad, es decir de perder su condición única para ser reemplazados por otros de la misma especie y calidad, antropológicamente se nos coloca en el centro de la producción no ya para el intercambio sino para la acumulación, donde cada uno defiende ya no exactamente su propiedad sino su interés económico. Así hemos pasado de la centralidad artificial del sujeto jurídico a la centralidad material y productiva del *homo aeconomicus*, que se moviliza hacia la construcción de redes de intercambio donde, de la forma como las construya y participe, depende la maximización de su persona, es decir de su propiedad acumulada, su personalidad. En esta antropología, el ego y la personalidad se inflan con las cosas que se acumulan. “El único personaje digno de la atención de los teóricos, por ser quien mantiene aceitadas las ruedas del crecimiento económico, es el *homo aeconomicus*, ese actor solitario, autorreferente y sólo preocupado por sí mismo que busca un trato más ventajoso y se guía por sus decisiones racionales, atento a no ser presa de ninguna emoción que conspire contra sus ganancias monetarias y en cuyo mundo virtual pululan otros personajes que lo único que comparten sin estas virtudes”<sup>1096</sup>.

---

<sup>1096</sup> Bauman, Zygmunt. *Amor líquido*. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 2005. Página 96.



Ese modelo de humano solo reconoce como un partner de su especie al consumidor, que tiene como única pertenencia el estar en una red de intercambio de mercancías maximizando para sí.

Es por eso que en el derecho moderno, es central la ficción del sujeto jurídico dotado de facultades para adquirir derechos y contraer obligaciones, debiendo cumplir con los requisitos de una capacidad otorgada de forma heterónoma por un ordenamiento normativo confeccionado a la medida de ese proyecto y no de otro. En ese campo de lo conceptual dominante “El homo aeconómicus y el homo consumens son hombres y mujeres sin ataduras sociales. Son los miembros ideales de la economía de mercado y hacen las delicias de los guardianes del PBI. También son ficciones”<sup>1097</sup>. Y aquello, para seguir con Bauman, es ciertamente no un estado de naturaleza ficcionado como hicieron los padres del sujeto moderno, sino un proyecto filosófico-político específico para un juego de economías propio del mercado y la acumulación; un proyecto muy distinto de un mundo “cuyos habitantes no son competidores ni objetos de uso y consumo, sino compañeros (que ayudan, que reciben ayuda) en el constante e interminable esfuerzo conjunto de construir una vida en común y de hacer que esa vida en común sea más fácil”<sup>1098</sup>.

Desde esa perspectiva, tratándose de ficciones que permiten la conceptualización y el despliegue de ese proyecto, me parece que respecto de ese sustrato de la subjetividad – económica, jurídica o de la eticidad – tiene razón Foucault cuando plantea una pregunta que permite unificar entonces el sujeto de la voluntad libre del derecho con el sujeto de intercambio de la economía. “Me parece que el problema y lo que va a arrastrar toda la problemática del homo aeconómicus es saber si ese sujeto del interés así definido, si esa forma de voluntad que se denomina interés, puede considerarse del mismo tipo que la voluntad jurídica o articulable con ésta”<sup>1099</sup>.

---

<sup>1097</sup> Bauman, Zygmunt. Op. cit. Página 96.

<sup>1098</sup> Bauman, Zygmunt. Op. cit. Página 97.

<sup>1099</sup> Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2007. Página 313.

Conocemos ya la propuesta hegeliana que la unifica mediante un acto de fe idealista que conjuga razón y verdad con un estado ideal predeterminado, de manera que la juridicidad de tal vínculo proviene de una lógica del deber de obtención de la maximización de la voluntad individual, la que se consagra en un sistema afirmador del absoluto que lo constituye. Sin embargo existen otras pistas que pueden desplegarse al respecto. Tal como lo plantea Foucault lo que está en juego es el ejercicio del poder político, o mejor, su modo de ejercicio y la posibilidad de una mayor o menor concreción del principio de unidad política a que los nuevos estados nacionales de la era capitalista debían avocarse. Tal como en otras cuestiones, la modernidad presenta aquí aporías difíciles de conjugar armónicamente.

“El gran esfuerzo del pensamiento jurídico político, en el transcurso del siglo XVIII, para demostrar que, a partir, de sujetos de derecho individuales, sujetos de derecho natural, se podía llegar a la constitución de una unidad política definida por la existencia de un soberano individual o no, poco importa, pero poseedor por un lado de la totalidad de sus derechos individuales y al mismo tiempo principio de la limitación de estos derechos, toda esta gran problemática no se completa en absoluto con la problemática de la economía”<sup>1100</sup>

Por que en el fondo y como lo ha acabado demostrando la historia, con las sucesivas y cada vez más costosas crisis del capitalismo, los principios de bien individual y bien común no son conjugables naturalmente, ni la lógica de la economía es equivalente a la lógica jurídica, incluso a la lógica de un derecho pro capitalista.

Foucault nos muestra en *Nacimiento de la biopolítica* como existe una verdadera contraposición entre el sujeto económico y el sujeto jurídico en cuanto a la primacía del interés individual como principio rector. De acuerdo con el principio del laissez-faire cada uno debe seguir su propio interés, de manera que si ese es el estado natural de las cosas, como se plantea, nada puede interferir con la supremacía del interés individual, por ésta razón *doctrinaria* es que el estado no podrá intervenir los intereses individuales en pos de un bien común colectivo, ya que el principio de interés concurre por inercia a ambos. “Al no buscar otra cosa que su

---

<sup>1100</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 326.

interés personal, cada individuo trabaja a menudo de manera mucho más eficaz para la sociedad que si tuviera realmente la meta de trabajar por ello”<sup>1101</sup>, señalaba Adam Smith, lo que explica que bajo ese supuesto pueda una mano invisible orientar por arte de arbitrio todo hacia el bien común.

Dos notas al respecto: primero, ello contradice y niega absolutamente toda teoría de acto voluntario, cuando se traspasa el límite de lo individual egoísta en todo proceso de relación e intercambio, se abandona la lógica de la autonomía de la voluntad del sujeto inerte; segundo, deroga de la misma forma las nociones de bien común hobbseanas en que lo que ordenaba la suma de individualidades a un bien común era su agregación piramidal bajo la persona del soberano que en sí reunía la sociedad toda. Estamos, en consecuencia, en presencia de un salto de abrogación de la lógica jurídica por la lógica económica. Más tarde en forma contemporánea el neoliberalismo que se desató imponiendo la *lex mercatoria* sobre la ley nacional, nos lo recordará brutalmente. Se trata, a decir de Foucault de “una extravagante mecánica que lo hace funcionar como sujeto de interés dentro de una totalidad que se les escapa y que, sin embargo, funda la racionalidad de sus decisiones egoístas”<sup>1102</sup>. Y en esto radica precisamente la pregunta que se ha planteado, de cómo será posible en adelante el modo del ejercicio político que deja intacto el interés individual, lo erige como principio absoluto y fuerza el uso jurídico del estado y su aparato soberano para garantizar su supremacía, ordenando al derecho – tanto en su sentido de organización como de deber – producir ese sistema del interés particular por sobre todo interés común, removiendo por la fuerza incluso los obstáculos que un bien común de sentido comunitario quisiese desplegar. “La aparición y el surgimiento del contrato no sustituyen al sujeto de interés por un sujeto de derecho”<sup>1103</sup> sino que más bien lo desborda y lo desplaza, subordinándolo bajo la apariencia de un sujeto de interés racionalizado, disfrazado de racionalidad jurídica pero subsistente en su egoísmo absolutista.

---

<sup>1101</sup> Smith, Adam. Citado por Foucault, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2007. Página 323.

<sup>1102</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 320.

<sup>1103</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 315.

Se ha pasado así del absolutismo monárquico al absolutismo propietario.

Pero además hemos dicho que existe una verdadera aporía disfrazada, nunca resuelta, entre la lógica de la economía individualista capitalista y la lógica del contrato, que nuevamente subordina en la modernidad al derecho frente a la economía. En efecto, si en cada intercambio económico de lo que se trata para cada actor no es solo de satisfacer una necesidad de uso inmediata<sup>1104</sup> sino la de producir un punto nodal de encuentro en la red del mercado, que le permita maximizar, con el mayor ahorro de esfuerzos, costos, bienes y tiempo, en un encuentro de duración limitada de intercambio, un más amplio margen de ganancia que satisfaga su interés y acreciente su personalidad, toda vez que esta se encuentra indisolublemente ligada a su capacidad de adquisición y posesión de propiedad; el derecho presenta una lógica de tiempo y de sentido de encuentro diferente. En efecto, mientras el intercambio económico radica sobre la entrega (tradición) de una mercancía de un sujeto económico a otro y luego un reordenamiento de estos en el espacio del mercado con sucesivos cierres de transacciones y puntos de fuga desde ese contacto a otros que le permitan maximizar en cada intercambio, todo punto de contacto de derecho requiere al menos cierta permanencia, de tal manera que permita a ese sistema de contactos sin sentido de pertenencia incorporar nociones como la buena fe, la responsabilidad, o la reparación y sanción en caso de intercambios ilícitos que afecten los sucesivos futuros encuentros que permitan la reproducción del sistema de propiedades, la sociedad civil hegeliana.

Precisamente allí radica el punto de gobierno de las soberanías individuales y colectivas. Mientras la economía funciona con aproximaciones instantáneas y especulaciones a futuro, carentes de toda posibilidad de certeza, el derecho requiere puntos de encuentro de permanencia, que marquen el inicio de ese contacto jurídico pero lo prolonguen por un periodo determinado por los ordenamientos donde es posible mantener al responsabilidad sobre lo intercambiando, sobre las calidades de los bienes y sus vicios redhibitorios, sobre la posibilidad de asegurar por la vía de las

---

<sup>1104</sup> Conviene aquí recordar, una vez más, que el sujeto económico jurídico que se privilegia en el entramado del derecho contractualista moderno de mercado no es el simple consumidor de mercancías básicas del negocio de la esquina, sino el que teniendo bienes que ofertar desarrolla una actividad económica de acumulación. Allí y sólo allí es donde coinciden lógica económica capitalista y modelo contractualista de derecho.

responsabilidades individuales una responsabilidad de juego colectivo de que este no se vea interrumpido. No importa que en muchos intercambios alguien defraude a todos, mientras cada uno de ellos pueda ajustarse en una reclamación individual con resultados diversos y no concluyentes. El tiempo instantáneo del sujeto económico se ve afectado por el tiempo de responsabilización a posteriori del sujeto jurídico. Allí se ha permitido una intervención particularizada del estado sobre la economía que nunca calza, porque se trata precisamente del momento de la eticidad, del momento de introducir desde fuera al sujeto económico ciertos atributos de buena crianza del sujeto jurídico. Pero que jamás coinciden. Por ello es que las leyes de derechos de consumidores o de responsabilidad por servicios son aceptadas pero no compartidas en el ejercicio diario, son toleradas pero no celebradas y constituyen siempre un punto de fricción por esa interrupción en el flujo económico que impide el natural devenir del intercambio económico.

La conclusión entonces es clara y doble:

Primero: el sujeto jurídico se encuentra en el modelo contractualista de mercado siempre subordinado al sujeto económico, o al menos subsumido por éste, y aquello que lo representa es una racionalización de su despliegue en el mercado pero nunca el modo de su ejercicio. El modo político de esta sociedad es siempre la primacía del interés individual bajo una racionalidad de comprensión no colectiva sino de agregaciones uno a uno múltiples que se espera liguen a todos los sujetos en un orden permanente de intercambio económico no defraudatorio. El sujeto jurídico si no es propietario simplemente no puede participar de esa red de juegos, deviene en una imposibilidad fáctica de efectuar el doble movimiento del proceso: a la vez seguir produciendo y maximizando hacia el futuro, a la vez hacerse responsable sostenidamente durante un tiempo por los productos ofertados e intercambiados. En un análisis propio de la sociología jurídica diríamos además que sabemos lo caro que es enfrentar procesos judiciales por su costo económico (pago de abogados y otros auxiliares de la justicia, obtención de pruebas, etc.) y a la vez seguir ganando en la esfera de la economía, ello solo puede hacerlo apoyado en la cuantía de sus bienes quien puede manifestar su voluntad con la libertad que le da un sustento material sobre la base de sus propiedades.

Segundo, el sujeto jurídico deviene sino en un vacío, al menos en una funcionalización absoluta en beneficio de la economía, que lo deja, cuando carece de bienes propios y de una *escala de mercado* insuficiente frente a sus pares, convertido en apenas un espejismo de la racionalidad que se pretende argumentar.

Pensemos solo en la situación que la crisis inmobiliaria que vive desde el 2008 el sistema económico global para apreciar la magnitud de este vaciamiento incluso del proyecto de subjetividad original del derecho liberal. Mientras los bancos han desarrollado un sistema en que lo importante era la colocación de insumos en el mercado, a costa de adquirir bienes materiales los sujetos supuestamente libres quedan presos de esa lógica sin que fuesen más que meros puntos de paso de esa red de flujos financieros, puntos vacíos como estaciones de tren que se pasan y abandonan para nunca más ser usados para tomar pasajeros, solo para exigir que se haga responsable de los que dejó subir a ese tren del flujo inacabado del interés egoísta.

Las siguientes cláusulas<sup>1105</sup> de uso habitual para la venta de inmuebles por el sistema bancario que transcribo, permite observarlo con plena nitidez, ya que puede apreciarse como en verdad el sujeto ha concurrido con su firma voluntaria y libre a un procedimiento del cual él no maximiza nada, solo obtiene cargas y no ha tenido ni un momento siquiera en sus manos la mercancía que el mercado le ofrece, sino que esta simplemente bajo la apariencia de una forma lo ha desbordado y desplazado dejándolo vacío en su ejercicio y sometido a una obligación permanente por muchos años en beneficio del órgano económico que lo incluye como un insumo más en su juego a cambio de hacerle aparecer como un propietario que no es:

---

<sup>1105</sup> Tomadas de escritura pública de fecha 28 de Abril de 2006, celebrada ante el Suplente del Notario Público de Concepción Ramón garcía Carrasco, entre el Banco Santander-Chile y don JTM, Cédula nacional de identidad N° 9.673.698-3 de Compraventa, Mutuo e hipoteca con tasa fija y tasa variable (TAB) sobre la vivienda que identifica, anotada en el Repertorio de dicha Notaría bajo el N° 2.467-2006 y cuyas inscripciones se encuentran practicadas ante los registros oficiales del Conservador de Bienes Raíces de la ciudad de Coronel, Chile, con los siguientes datos para su verificación: Registro de propiedad N° 832, fojas 1014, N° 755 del año 2006; Registro de Hipotecas y gravámenes N° 832, fojas 613 vuelta, N° 425 del año 2006.

SEXTO: El Banco Santander-Chile da en préstamo a don JTM, la cantidad de cuatro mil setecientas setenta y dos como cinco mil ciento treinta Unidades de Fomento<sup>1106</sup>, equivalente a ochenta y cinco millones quinientos mil pesos, por el valor de dicha unidad de reajustabilidad al día primero de abril del dos mil seis, duma que el Banco entrega a LA PARTE DEUDORA quién la da por recibida a su entera satisfacción y en este mismo acto, la entrega al Banco, otorgándole mandato mercantil irrevocable y gratuito, en conformidad a los términos de los artículos doscientos treinta y cinco, doscientos treinta y ocho y doscientos cuarenta y uno y siguientes del código de comercio, para que a su vez entregue a LA PARTE VENDEDORA, por su cuenta y riesgo en pago del precio. Dicho pago lo hará el Banco al valor en pesos moneda legal que tenga la Unidad de Fomento a la fecha en que se verifique dicha entrega, una vez inscrita en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces competente, la hipoteca de primer grado que LA PARTE DEUDORA constituye a favor del Banco Santander-Chile por este mismo instrumento. El Banco en la forma señalada acepta este mandato en los términos y condiciones relacionados y la parte demandante lo libera de la obligación de rendir cuenta.

SEPTIMO: LA PARTE DEUDORA se obliga a pagar al Banco Santander-Chile la expresada cantidad de cuatro mil setecientas setenta y dos como cinco mil ciento treinta Unidades de Fomento en el plazo de **trescientos sesenta meses**, a contar del mes siguiente al de la fecha de la presente escritura. (No se transcriben el resto de las condiciones).

VIGESIMO PRIMERO: No obstante lo establecido en el presente instrumento, se consideran vencidos los plazos de las deudas y podrá el Banco exigir el inmediato pago de las sumas a que estén reducidas, en los casos siguientes: a) Si se retarda el pago de cualquier dividendo o cuota por más de diez días. (no se transcribe lo demás en cuanto a las demás condiciones en que opera la cláusula de aceleración de obligaciones pactada).

Analicemos lo que de aquí surge para, por evidente, desnudar como el sujeto jurídico, no obstante su racionalización, queda subsumido y sometido al sujeto de interés:

a) Desde el punto de vista de la formalidad legal, el sujeto libre y racional ha consentido jurídicamente en obligarse, celebrando un contrato de compraventa por el cual consiente en pagar una obligación a la vez que adquiere obligaciones de largo plazo que incluyen obligaciones principales y subsidiarias que comienzan a regir desde la tradición del inmueble.

---

<sup>1106</sup> Unidad de reajustabilidad monetaria de Chile, cuyo valor depende de la confluencia de indicadores concurrentes, fijados por el Banco Central de Chile, que varía día a día. Para su valor diario puede consultarse [www.bcentral.cl](http://www.bcentral.cl)

b) Desde el punto de vista económico el sujeto ha intervenido en un proceso de transferencia de bienes en que él ha recibido un inmueble y ha sido a su vez un verdadero intermediario del pago del dinero entre el Banco y el vendedor.

c) Pero analizando puede verse como en verdad él solo ha recibido cargas y obligaciones a cambio de ser, en la práctica, por treinta años, tenedor de un bien que solo al final de ese plazo pasará a su poder a menos que pueda prepagarlo, situación en que aún así habrá pagado dinero y cargas adicionales, todas monetarias (como contratar un seguro y mantener una cuenta bancaria).

d) Aparece además con claridad que él no es en verdad el verdadero sujeto económico de la transacción. El dinero con que se paga la compraventa ha salido del banco y entrado en el patrimonio del vendedor sin pasar efectivamente por el comprador. Este queda en verdad al margen de la transacción real, en la que participan solo los sujetos propietarios, uno del dinero – el banco – que obtiene ganancia de los intereses que cobrará por el préstamo; el otro el vendedor que obtiene la ganancia del dinero que obtiene por su propiedad. Quién nunca fue propietario solo es un medio para el pago, menos que un intermediario.

e) Veamos si en realidad este sujeto comprador es en verdad propietario. La verdad es que su posición depende de dos factores eventuales correlativos. Uno que cuente con el dinero mes a mes durante treinta años seguidos en las condiciones pactadas, para cumplir su parte de la obligación; dos que no tenga jamás un retardo de más de diez días en ese pago, ya que al día undécimo el banco cuenta con la facultad de exigir el pago total de lo adeudado o, en subsidio hacer efectiva la hipoteca para despojarlo del bien. En verdad goza de un estatus material de poseedor o tenedor pero no propiamente de dueño, aunque en la formalidad así lo aparente.



f) Si lo anterior no fuese lo suficientemente claro, nótese además como ha dado mandato irrevocable y sobre el que jamás puede pedir cuenta alguna, al banco para que haga ese traspaso. Es decir si el banco no pagase además no puede exigir cuenta de lo obrado, de modo que lo libera de toda responsabilidad pre judicial.

¿Es este en verdad un sujeto libre?, ¿Es en verdad el comprador un nuevo propietario o las formas solo sustentan una apariencia de tal? ¿Es éste el sujeto racional que Kant y Hegel tenían en mente?

A lo que hemos asistido en verdad es a un forzamiento por establecer, a partir de la racionalización del lenguaje y de una construcción formal de sujetos yuxtapuestos, como si estuviesen en un mismo nivel de igualdad de condiciones, de un intento de largo plazo por imponer, desde la teoría y la práctica de la sociedad contractual, ese salto entre el sujeto de interés, instantáneo, egoísta, ególatra de sí en el fetiche de la propiedad, con el sujeto voluntarista, preconcebido como racional. Los partidarios del liberal contractualismo, de la economía capitalista, de la certeza y de la seguridad, de la propiedad privada, todos íconos de un modelo de, por un lado, abstracción y por otro cosificación de la realidad, han desarrollado una serie de teorías sobre la formalidad del contrato, del vínculo jurídico, de las prestaciones de las obligaciones y de los objetos de éstas, que en verdad pretenden, mediante una explicación del vínculo, atrapar ese momento de lo instantáneo del intercambio para extenderlo en la comprensión, para suspenderlo en el momento del acuerdo y congelarlo como sinónimo de la certeza jurídica y de los derechos adquiridos como momento de aseguramiento y prolongación del momento material de la contractualidad, cuando en verdad se trata de un sistema de responsabilización ex post y no de precaución por responsabilidad constante. El sistema se constituye fijando formalmente los puntos de encuentro y disolviendo la responsabilidad social hacia un sistema de concurrencia individual a por los daños.

Volvamos entonces a lo que ha planteado Barcellona cuando junto con describir la esencia de la antropología moderna como la del sujeto propietario ha marcado además que estamos en el momento de la disolución de éste en manos de la corporativización mundial. El ejemplo que hemos citado y que se reproduce por

cientos en nuestras sociedades nacionales pone una vez más a descubierto la entonces crisis latente del sujeto y hoy tras el neoliberalismo, manifiesta. “La comunicación entre el mundo de la vida y el mundo de las formas, entre esa pareja que por tanto tiempo mantuvo la ilusión de la existencia de una relación entre el proceso de objetivación de los saberes y conocimientos y el devenir de la experiencia humana, se ha interrumpido: la vivencia individual y colectiva parece reducida para siempre a una pura excepcionalidad, ocasionalidad sin forma, excepción sin dignidad”<sup>1107</sup> que se reproduce ya solo en el espejismo de la formalidad y en la imposición del sujeto de interés por sobre su fantasma jurídico. El derecho que pretendía fundamentar ese cierre de brecha en la existencia de derechos naturales ha perdido su esencia y se ha vuelto regla apenas; “El nomos de la tierra es hoy pura regla del juego, límite de la desmesura del deseo del individuo que se ha liberado de cualquier vínculo natural y comunitario. Pero, como toda regla del juego, carece de dignidad ontológica, es tan solo procedimiento que selecciona las soluciones según el cálculo de conveniencia y oportunidades”<sup>1108</sup>.

Si en ese juego de intercambios, donde ya el interés prima sobre todo otro contenido del sujeto el derecho no es ya forma de completud sino mera reflexibilidad para la continuidad del sistema, con el vaciamiento de todo sentido jurídico del derecho, en que la buena fe o el enriquecimiento sin causa se vuelven valores obsoletos y que hasta interfieren en ese intercambio y por lo tanto deben ser obstáculos removibles, también el sujeto, que era objetivo y fuente de ese movimiento de derecho en la economía, se vuelve un sujeto vacío. Del individuo que debe vender su fuerza de trabajo para ocupar un lugar en la adquisición de bienes para su subsistencia hemos pasado a la de un individuo que debe comprar un lugar en el consumo para ser reconocido como parte de una nómina de habilitados. Ya no basta para ser sujetos que se sea persona y que el ordenamiento le otorgue facultades de uso y goce, ahora se requiere estar permanentemente en la línea de la adquisición sin importar la necesidad o la superficialidad que se cubra con ese consumo. Sin consumo no hay sujeto ni de interés ni jurídico. Y sin embargo el uso de las formas se mantiene por cuanto “La subjetividad jurídica y el orden jurídico

---

<sup>1107</sup> Barcellona, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Página 16-17.

<sup>1108</sup> Barcellona, Pietro. Op. cit. Página 27.

convencional son hoy la forma de conexión que permite a los individuos permanecer juntos y a la vez aislados”<sup>1109</sup>.

El proyecto del sujeto forma se ha vuelto una apariencia de sujeto, la ciudadanía como momento fundacional se ha tornado o bien un estado a reactivar cada ciertos meses para la justificación electoral o bien una sustantividad a conquistar. El programa de trabajo de la modernidad se ha vuelto en sí mismo un círculo de resultados paradójico: “el sujeto que se presenta como protagonista construye una gran objetividad, una estrategia de objetivaciones sin precedentes, y al final se restituye como sujeto negado, como puro individuo de consumo”<sup>1110</sup>; ya no hay humanidad sino concurrencia perpetúa. Del individualismo hemos pasado a la numeración de los bienes que se adquieren y desechan, se ha cumplido el proyecto del interés en sustitución del deseo en la pérdida de deseo y su reemplazo por la fetichización de las mercancías convertidas en baratijas desechables. Radicalmente el paradigma de ínter subjetividad liberal *yo-tu* ha sido desplazado al *yo-yo* que excluye aun más fuertemente el *nosotros*.

¿Cómo ha sido posible ese vaciamiento gigantesco que hace que el derecho se vuelva a la vez necesario para fingir el juego y a la vez obsoleto de sentido? Primero rompiendo la continuidad ciudadana de la nacionalidad; segundo rompiendo la proximidad de las necesidades de la comunidad; tercero rompiendo la proximidad de la soberanía sobre el propio cuerpo para disolverlo en una forma de sexualidad y fisiología disponible, colocándolo fuera del parámetro jurídico de lo permitido/prohibido hasta poner en entredicho su calidad de viviente en beneficio del consumo, convertido en objeto no de uso sino de utilización<sup>1111</sup>. Rotos o extraviados

---

<sup>1109</sup> Barcellona, Pietro. Op. cit. Página 49.

<sup>1110</sup> Barcellona, Pietro. Op. cit. Página 97.

<sup>1111</sup> Ya no el uso del cuerpo, como en la etapa maquinista de la biopolítica, para el uso y abuso de la producción, sino que ahora el cuerpo, detenido en apariencia de sí mismo y de los deseos, se convierte en un aparato de supermercado. La prostitución on line revela y anticipa esta nueva forma bio-económica de pago por utilización y olvido. A diferencia de la antigua prostitución que creaba redes y clientelismos, que requería de un espacio físico de concurrencia y de uno simbólico en el límite de lo tolerado que se abría entre lo permitido y lo prohibido moral y socialmente, las nuevas páginas de scort o acompañantes por sexo las presentan como un supermercado, con marcas, especificidades, distribución por gustos y por precios diferentes. Allí hay sobre todo uso y aproximación por imagen y reubicación en el mostrador virtual de los productos ofrecidos. La apariencia incluye y subordina a las necesarias competencias para el desarrollo de cualquier industria. Se anticipa así las nuevas condiciones de trabajo en que ya no se pide que se sepa hacer algo sino que se muestre que se podría

los nudos que daban las claves de la juridicidad a nivel nacional, comentario e individual se ha roto al sujeto jurídico mismo. Si antes era una ficción necesaria para el orden ahora el orden requiere cada vez menos las características ontológicas del sujeto sino solo su máscara, su apariencia y su desplazamiento.

El sistema de derecho que con el proyecto moderno era la piedra angular sobre al que se construiría la razón jurídica se ha convertido en una esfera vacía, llena de aire pero de linda apariencia, como un objeto de consumo para adorno kitsh, que se agota en su imagen chillona. El derecho está sentado sobre un globo que ya ni siquiera es necesario reventar, basta reverenciarlo y vaciarlo por dentro y por fuera de todo uso.

Frente a la magnitud de éste cambio no hay teoría jurídica que pueda permanecer impasible, ni las modernas más tradicionales ni las críticas. Como lo demuestran las nociones liberales de sujetos indeterminados de interés difuso, o la idea del Derecho Internacional del los Derechos Humanos que busca quebrar la soberanía en beneficio de la misma soberanía, otorgando el poder de actuar a nuevos sujetos que son individuos desjuridicizados en su territorio nacional, asistimos a un intento más o menos ciego, más o menos voluntarista y a ratos un poco lúcido, de recuperar la subjetividad para la juridicidad. El derecho, en cualquier sentido no reflexivo que quiera adquirir, para ser derecho requiere en consecuencia no solo recuperar espacios y sentido, sino producir uno distinto al del individualismo propietario y del contractualismo formalista, y que de forma incompleta ha latido apenas en la comunidad; un proyecto largamente inconcluso.

---

llegar a hacer, aunque se juegue más con los deseos del concurrente que con la prestación objetiva. Revisando los portales de sexo on line por dinero de varias partes del mundo, podrá apreciarse como las mujeres que ejercen el negocio son en verdad fotos autenticables de una experiencia que se agota en la utilización de esa imagen, en un momento efímero de minutos contados de antemano a cambio de sumas predeterminadas. Al respecto puede verse, en Chile el portal [www.sexo.cl](http://www.sexo.cl); en España <http://guia-scorts-indepedientes.com>; en USA <http://openadultdirectory.com/escorts/>; en Turquía <http://openadultdirectory.com/escorts/Turkey/> o en Reino Unido <http://www.7thheavenagency.co.uk/gallery/>. Todas ellas apuntan en un mismo sentido. La biopolítica adquiere una bioeconomía de lo fugaz para la explotación actual en base a una promesa de futuro inmediato a costa de endeudamiento de largo plazo. Tarjeta de crédito para la utilización, crédito bancario para la vivienda propia, policía para los tiempos no productivos y la disidencia.

### **Crítica de la razón subjetiva.**

La cuestión entonces me parece es esta, en dos niveles:

Primero, si el sujeto era una ficción articuladora de las acciones necesarias para un proyecto de intercambio de bienes, ¿que es ahora?;

Segundo, si el sujeto fue concebido como la personificación de la propiedad, ¿de que otra forma puede conjugarse esa subjetividad?

Nuevamente ambos temas son profundamente jurídicos y esencialmente políticos.

Hay en el primer problema, el del significado del sujeto, una cuestión que, resultando abstracta en su enunciación es, sin embargo, de una experiencia concreta radical, que se juega, en su enunciado y en su constitución, en su institución y su disposición el desarrollo y la producción del proyecto a que ese imaginario sirve a la vez del cual se apropia y utiliza. De lo contrario no se explica cómo además de fundar un orden ideal universal y hegemónico, se hayan tomado sus autores tanto esfuerzo para definir y ordenar al sujeto que debía actuar esa trama y reproducirla, hasta convertir esa ficción en un sentido común naturalizado.

En el proyecto de la subjetividad propietaria resulta ciertamente necesario conceptuar al sujeto, declararlo idea, desenvolverlo como análisis de sus características a priori para entonces ajustar el resto de los instrumentos discursivos con que se entronca, para articular el sistema de mensajes que su doctrina conlleva, para obligar a los sujetos reales a ordenarse y definirse en su proximidad al modelo y estratificar así los usos de las facultades conferidas a este ente de saber y actuar racional, pater administrador de sí mismo. Se trata de un juego de subsunción de lo real en el concepto de la subjetividad ontológica que identifica en tanto individuo y diferencia en tanto disposición frente al concepto. Y con ello la articulación en el juego de conceptos asociados, económicos y jurídicos entre otros.

Como lo señala Derrida “Todo concepto está por derecho y esencialmente inscrito en una cadena o en un sistema en el interior del cual remite al otro, a los otros conceptos, por un juego sistemático de diferencias”<sup>1112</sup>. Y eso es lo que ha ocurrido, se ha desarrollado un concepto de subjetividad que sustentado en establecer una verdad inamovible, que constituye al sujeto y sus actos en un gesto permanente de saber racional, en su ejercicio de voluntad, en su explicación formal, hace posible esa difícil unificación del sujeto de interés y del sujeto jurídico que antes he referido: La producción del concepto sujeto en la modernidad consiste precisamente en esos deslizamientos y remisiones de significados, que no juntan pero aproximan, que se diversifican y diferencian en su forma y objetivos pero que se unifican en la ficción del sujeto social formal y materialmente propietario como afirmación en su individualidad de una soberanía distinta a la del antiguo régimen.

Ese sujeto era una forma de conciencia que adquiriría presencia en las ficciones de los discursos económicos, políticos y jurídicos de sus doctrinadores, de manera que en ese nivel último se excluía todo rasgo de diferencia, de manera que “antes incluso de distribuir signos en el espacio y en el mundo, la conciencia puede concentrarse ella misma en su presencia... (toda vez que)... el sujeto como conciencia nunca ha podido anunciarse de otra manera que como presencia por sí mismo”<sup>1113</sup>, determinándose así más que como esa matriz absoluta del proyecto como una determinación y un efecto del mismo. Se afirma en la definición de un modelo único de subjetividad apropiada para la razón moderna, como ya lo señalamos, una verdadera propuesta antropológica de que debía admitirse como humano dentro del proceso cultural que el liberalismo pretendía. Pero es algo más que eso, se ha fundado una metafísica que reemplazando la cosmogonía medieval constituyese en verdad su propia mitología para el orden por venir. Se trata esto de una cuestión de la mayor importancia, como lo hace ver Derrida cuando señala que “La metafísica – mitología blanca que reúne y refleja la cultura de Occidente: el hombre blanco toma su propia mitología, la indo-europea, su logos, es decir, el mitos

---

<sup>1112</sup> Derrida, Jacques. *Márgenes de la Filosofía*. Cátedra. Madrid. 2003. Página 46.

<sup>1113</sup> Derrida, Jacques. Op. cit. Página 51.

de su idioma, por la forma universal de lo que todavía debe querer llamar la Razón”<sup>1114</sup>.

Es allí precisamente donde el concepto del sujeto adquirirá dentro y fuera del derecho una importancia trascendental en su constante recursividad y entrelazamiento con los otros conceptos, con las otras identidades y las otras diferencias a que el juego de discursos concurrentes, el de la economía, el de moralidad, el de la ilustración y la verdad, el del derecho, manejan como sustento de su propio orden y su arquetipo. Es por eso que el gran mito moderno del sujeto racional como fuente y destino de todo orden no es baladí sino la posibilidad de aproximar la noción abstracta del proyecto moderno liberal capitalista del orden de verdad, deber y producción a un ente susceptible eventualmente de ser alcanzable por cada uno de los individuos de la trama social. Frente a ese mundo, incomprensible para la mayoría, de la esencia, de la voluntad racional y libre, de la expresión de la Idea en la historia, la posibilidad de cada uno de participar en el mito del progreso y de la seguridad que dan la propiedad y el orden que la protege pudo expandirse en un nuevo sentido común. Y sabemos que la construcción de ese orden requería de este nuevo signo que era el sujeto individual y eventual o potencialmente propietario y desde entonces personalidad completa.

Como lo indica Paolo Grossi “La Ilustración político-jurídica tiene necesidad del mito por que tiene necesidad de un absoluto al que acogerse; el mito suple notablemente la carencia de absoluto que se ha producido y colma el vacío en otro caso peligroso para la propia estabilidad del nuevo marco de la sociedad civil. Las nuevas ideologías políticas, económicas, jurídicas tienen finalmente un soporte que garantiza su inalterabilidad”<sup>1115</sup>. Esa mitología con su ser mitológico de aproximación es el vehículo que permite la universalización del concepto hasta convertirse en un sentido común a fuerza de hacer creer a todos que pueden ser sujeto propietario con plena capacidad de participar en el orden de intercambio y reproducción de la sociedad civil. El sujeto en tanto parte de esa mitología se hace indispensable, porque lo alimenta y porque en su ausencia deja un vacío de salto inalcanzable.

---

<sup>1114</sup> Derrida, Jacques. Op. cit. Página 253.

<sup>1115</sup> Grossi, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trotta Editorial. Madrid. 2007. Página 41.

Sin embargo la cuestión se vuelve elusiva por que el sujeto real, el material, el de las cotidianidades, se aparta o es derechamente apartado de esa realidad conceptual con la que debía calzar y desarrollarse. Se trataba de un modelo perfecto de soberanía individual, de acceso al saber completo y necesario por hallarse en relación directa con la verdad verdadera, capaz de racionalizar su lugar en el mundo y de obrar en consecuencia, tomando decisiones racionales que expresadas a través de su voluntad autónoma manifestaban, marcaban y reproducían su libertad, sustentada en su posibilidad material de estar e intercambiar, extendiendo al infinito el relacionamiento social por el juego de los intercambios que por un lado manifestaban y cumplían su voluntad de interés y por otra se formalizaba en un paradigma contractual que garantizaba su seguridad y su reproducción también en la esfera de lo racional.

Como mostré al citar cláusulas habituales de uso en transacciones bancarias, de una institución por lo demás transnacionalizada, bajo la disposición eufemística de sus disposiciones, dentro de un orden de juego que beneficia y es dirigido finalmente por los sujetos que efectivamente cumplen con los requisitos del interés económico, el aparente sujeto racional que suscribe y compra y contrata un crédito, cae en el juego como si por el solo hecho de estar mencionado pudiese efectivamente reclamar su lugar y su recompensa en él. Pero adicionalmente podemos suscribir que en por aquí y allá, en distintas partes de los ordenamientos legales, existen más muestras de esa apariencia de presencia del sujeto y de su desplazamiento fuera de ese juego si no cumple con los requisitos esenciales para participar, el tener decisión sobre elementos de la producción y la reproducción de la riqueza.

Llegamos así a una paradoja que es solo aparente, el que no todo sujeto mencionado es en verdad sujeto realizado, y digo que es solo aparente por que en verdad las reglas de este *momento* que es el juego del contrato-intercambio, en el cual se concretiza la subjetividad dentro del sistema capitalista moderno, siempre estuvieron hechas solo para algunos que podían completarlas (y no es exagerado decir financiarlas) como ocurrió en la atribución de la calidad de sujeto a unas personas y no a otras por los códigos civiles de origen liberal, que determinaban así



quienes eran sujetos en tanto poseyesen bienes y facultades primero y posteriormente pudiesen reproducir ese orden. Se trata de un proyecto que constantemente es reconstruido para solo algunos y no para todos, siempre en protección del mismo tipo de sujetos que venimos denunciando, la del individuo propietario.

Así por ejemplo, revisando la normativa chilena actual, vigente al momento de escribirse este trabajo, es posible ver como se sigue construyendo en beneficio de quienes producen y reproducen el sistema. Analicemos dos figuras interesantes y demostrativas. Por un lado la del delito de depositario alzado, y por otro como se establece un estatuto diferente en beneficio de las empresas –el gran ente expresión de la subjetividad de interés- y en desmedro del trabajador.

En efecto, el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil chileno, en materia de embargo forzado de bienes para su posterior disposición por pago forzado de deudas dispone textualmente lo siguiente:

Art. 444. Si la ejecución recae sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre cosa o conjunto de cosas que sean complemento indispensable para su explotación, podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, ordenar que el embargo se haga efectivo, o en los bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que ésta produzca, o en parte de cualquiera de ellas.

Embargada la industria o las utilidades, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes de interventor judicial; y para ejercer las que correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa.

Si la ejecución recae sobre el simple menaje de la casa habitación del deudor, el embargo se entenderá hecho permaneciendo las especies en poder del mismo deudor, con el carácter de depositario, previa facción de un inventario en que se expresen en forma individual y detallada el estado y la tasación aproximada de las referidas especies que practicará el ministro de fe ejecutor. La diligencia que deberá extenderse será firmada por el ministro de fe que la practique, por el acreedor, si concurre, y por el deudor, quien, en caso de substracción, incurrirá en la sanción prevista en el número 1° del artículo 471 del Código Penal.

Se contiene allí una forma de asegurar el pago de deudas mediante la ejecución forzada de bienes del deudor, que considerando un procedimiento de ejecución no es un acto instantáneo sino que además de su prolongación en el tiempo puede sufrir demoras, se hace necesario de un custodio de los bienes que se embargan. Se denomina a éste personaje como depositario, el que debe garantizar al Tribunal la custodia y conservación de los bienes; y en el caso que éste substraiga o distraiga esos bienes, se configura el delito de *depositario alzado* que conlleva la sanción penal a que se remite. Hasta acá parece todo como una medida de precaución razonable. Sin embargo léase la diferencia entre los casos que se contemplan. Cuando se trata de un embargo de bienes a una empresa o establecimiento mercantil o industrial, el delito no existe, no obstante los bienes embargados puedan ser la totalidad de lo que posee la empresa ejecutada. Tratándose de una persona natural, *el mismo deudor*, se le exige hacer inventario, y si los subtrae si existe delito; lo que es incluso o bien un acto desprolijo del redactor o simplemente una expresión inconsciente de lo que en verdad se quería decir, que el deudor a pesar de su apariencia de dueño, en verdad no lo es, es siempre que tenga cualquier deuda, apenas un mero tenedor, que su dominio sobre la cosa es solo un espejismo, ya que no se entiende como el propietario de la cosa pueda substraerla.

El juego legal bajo una figura que aparece de simple precaución en beneficio de todos encubre sin embargo un flagrante desequilibrio que quiebra abiertamente el mito de la igualdad ante la ley, de manera que establece la excepción como regla en beneficio de un tipo de actor y no de otros. Se privilegia así a un tipo de sujetos, los encargados de mantener la producción y circulación de bienes en desmedro de otros meros tenedores para el sistema, simples puntos de paso del flujo.

Pongamos otro ejemplo, también del ordenamiento chileno. Se trata del artículo 32 de la Ley 18.695, Orgánica de Municipalidades.

Artículo 32.- Los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente, serán inembargables.

La ejecución de toda sentencia que condene a una municipalidad se efectuará mediante la dictación de un decreto alcaldicio. Con todo, tratándose de resoluciones recaídas en juicios que ordenen el pago de deudas por parte de una municipalidad o corporación municipal, y correspondiere aplicar la medida de arresto prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta sólo procederá respecto del alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio.

Hay aquí un nuevo quebrantamiento del mito de la igualdad ante la ley al tratar a un órgano público de una forma que los excluye del denominado derecho de penda general que existe sobre los bienes de cualquier eventual deudor. Se les declara a sus bienes simplemente inembargables y en caso de cumplimiento se exige un decreto alcaldicio que, en caso de no querer extenderlo solo puede exigirse mediante arresto sobre el Alcalde que estaba en ejercicio al contraerse la deuda. De éste modo ya aparece el caso que si ha existido cambio de alcalde, nada puede hacerse. ¿Cómo entender esto? Nuevamente es necesario desentrañar la apariencia del espejismo que se nos tiende para apreciar que no sólo se privilegia los bienes de un sujeto sobre los otros, sino que tras esto lo que existe es una protección del funcionamiento del sistema económico de libre mercado.

En efecto, en el régimen chileno heredado de la dictadura militar de Pinochet, el territorio se dividió primero en regiones que obedecían a la jurisdicción de los emplazamientos militares y luego en municipios que eran la base territorial de gobierno. En ese mismo desmembramiento del estado, ahora desde el punto de vista económico, no solo se privatizaron y vendieron las empresas creadas por el estado, sino que servicios esenciales para la población como lo eran la salud y la educación, traspasando consultorios, postas y escuelas desde la administración del estado central a las Municipalidades. De allí se arrastra en los servicios de salud y educación un permanente déficit económico, ya que los municipios no cuentan con los recursos suficientes para necesidades crecientes, de manera que deben incorporarse al sistema económico financiero para obtener créditos que les permitan refinanciar y cumplir con la existencia de esos servicios. Pero si además se agrega que todos los productos que los servicios municipales requieran deben ser adquiridos a privados mediante licitaciones y no directamente ante oferentes de mercado que permitan un mejor precio, se entiendo lo anterior de mejor manera. Falta un elemento, ante el sistema financiero los municipios pueden acceder a

modalidades de financiamiento que se aseguran mediante sistemas de gravámenes diferentes al del embargo. Ante esos créditos los bancos obtienen su aseguramiento ya sea por medio de hipotecas sobre inmuebles municipales o bien ejercitando el *lease back*<sup>1116</sup>, esto es, mediante un contrato por cuya virtud el propietario de un bien, generalmente inmueble, lo vende a otra persona o entidad, la cual, a su vez, y en mismo acto, se lo cede a aquél en arrendamiento, concediéndole además un derecho de opción de compra a ejercitar al cabo de cierto tiempo final del arrendamiento, u otro. El aseguramiento de quien presta las sumas de dinero no es a posteriori del incumplimiento sino previo; una novedosa forma de expropiación por el sistema financiero.

También en este caso lo que existe es una apariencia de igualdad ante la ley, de preexistencia condiciones jurídica para los actores pero detrás de todo ello una forma de favorecer y de orientar el beneficio de ciertos sujetos de interés que construyen, forman y reproducen el sistema financiero en desmedro de otros sujetos – propietarios o no – de una escala que desde el punto de vista de dicho sistema simplemente no es interesante.

Habría que seguir la pista, dentro de los diferentes ordenamientos legales de cada país sometido a la globalización neoliberal de las últimas décadas y se descubrirá como se despliegan bajo las narices de los mitos fundantes del sistema una serie de excepciones que no son tales sino los soportes y el telón de los espejismos del mito; con diferentes normas que programan y reconstruyen ese sistema de subjetividad privilegiada y que sigue siendo, en su núcleo esencial, continuamente censitaria. La igualdad de posibilidades del sujeto queda en la esfera de lo jurídico rota y en lo económico determinada por su capacidad de concurrencia y la experticia para satisfacer su interés. Estamos frente a todo un juego de apariencias dentro de un sistema de reproducción prevista.

Lo anterior no es tan novedoso como aparece, sino una expresión de coyuntura de dilemas históricos de la adaptación del sujeto real dentro del sistema

---

<sup>1116</sup> Al respecto puede verse Leyva Saavedra, José. *El lease back, una moderna técnica financiera*. En <http://www.injef.com/revista/empresas/leaseback.htm> (visita 14 Marzo 2009).

capitalista. Como nos lo recuerda José Eduardo Faria “Ya había sido originariamente detectado tanto en su alcance como en sus implicaciones por los estudios pioneros de Max Weber, que mostró como el avance de la racionalización produce la inexorable subordinación del individuo a la jaula de hierro de la servidumbre burocrática; en otras palabras, que la sociedad moderna, dominada por la lógica mercantil y por la mecanización tecno industrial, vuelve a los sujetos objeto de rutinas carentes de espontaneidad, abre el camino a una individualidad desprovista de espíritu crítico y conduce a la tecnificación, a la juridificación y a la burocratización de la sociedad civil”<sup>1117</sup>. Con lo anterior queda de manifiesto lo afirmado en cuanto a que el sujeto no es el verdadero soberano de la experiencia social moderna, o mejor dicho, no todo sujeto lo es. El soberano capaz de establecer y comprender el juego de verdad, de producir su circuito de consagración, de determinar su libertad mediante su voluntad y de satisfacer su interés no es ni un sujeto abstracto de equiparación humanista universal ni su expresión del sujeto jurídico igual ante la ley, racionalizado en la formalidad del lenguaje institucional, sino el sujeto económico propietario y capaz de jugar y copar espacios estructurales del mercado y de la sociedad.

La globalización no ha hecho sino profundizar dicha situación. Junto con la crisis del derecho administrativo provocado por un proceso en que la “relativización de la autoridad gubernamental rompe con la concepción tradicional de administración pública”<sup>1118</sup>, la pérdida de centralidad del estado trajo consigo no solo la pérdida de importancia de éste signo que era el sujeto jurídico, sino que además ha provocado un descentramiento de la noción misma de sujeto. En la medida que el sistema se desarrolla sin la necesidad de la soberanía estatal ni de la individual sino que se generan una pluralidad de centros de decisión a todo nivel, macro, mezo y micro, que además atraviesan estos espacios y los comunica internamente sin dejar subsistente ya las fronteras, la noción misma de sujeto como soporte final pierde centralidad y se transforma en un nodo más de la red de relaciones más o menos instantáneas que conforman el hacer social. Contra la planificación de lo previsible, la seguridad y certeza que otorgaba el derecho la fragmentación global genera

---

<sup>1117</sup> Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Página 139.

<sup>1118</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 147.

procesos de mucha mayor dificultad para ser abarcados por la racionalidad formal que es sujeto de derecho, estatal o individual, son capaces de imponer: “estos procesos engendran fenómenos que modifican los fundamentos de la sociedad industrial en cuestión e incluso hasta los eliminan”<sup>1119</sup> y con ello cambian también los mecanismos jurídico-institucionales que conocíamos, que en definitiva eran a la vez que la forma, la constitución misma de la subjetividad jurídica moderna.

Si con ese cambio de las situaciones geopolíticas, económicas, tecnológicas, jurídicas, culturales y sociales que representa la globalización se ha desplazado el contexto a que aspiraba el proyecto original del liberalismo económico y jurídico, llevándolo cada vez más allá en sus propios supuestos, no resulta exagerado describir ese cambio señalando, como lo hace Faria que con la acumulación y maximización de la renta del capital “como su principio constitutivo y organizador fundamental, la economía mundo forja sus estructuras políticas y jurídicas, establece límites para los agentes y grupos que la integran y crea sus propias reglas de legitimación. Ese es el motivo por el que el Estado, es esa perspectiva, sería más bien efecto que causa del capitalismo”<sup>1120</sup>, trastocándose, invirtiéndose con ello el sentido de la construcción del proyecto de la subjetividad jurídica originaria. Si en el derecho occidental moderno la persona para ser sujeto de derecho requería que el ordenamiento jurídico del Estado primero lo reconociese y segundo le marcase los límites y condiciones de su capacidad jurídica para participar en el sistema de intercambio de derechos obligaciones, si el lugar de origen pierde centralidad y se desplaza al final del movimiento, el sujeto queda ahora desprovisto de contenido esencial y las caracterizaciones que formalmente quedan no son sino señales o imágenes de una ontología desaparecida y disuelta completamente en los encuentros económicos del homo aeconomicus y el homo consumens.

Lo que ha ocurrido en verdad es incluso un poco más profundo que un simple desplazamiento de lugar de los elementos del sistema. Se trata de una reconstrucción del estado de realidad donde el sujeto se desenvolvía en sus relaciones y hasta el modo mismo de ese estar en el mundo. La realidad se ha

---

<sup>1119</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 212.

<sup>1120</sup> Faria, José Eduardo. Op. cit. Página 75-76.

vuelto antológicamente nómada y ya no territorialmente localizada, en su sentido nacional, de dependencia del estado-nación para su desplazamiento. Si con la modernidad “El sujeto en el lugar estaba sometido a una convivencia duradera y repetitiva con los mismos objetos, los mismos trayectos, las mismas imágenes, de cuya construcción participaba: una familiaridad que era fruto de una historia propia, de la sociedad local y del lugar, donde cada individuo era activo... (ahora)... la movilidad se ha convertido prácticamente en una regla. El movimiento se superpone al reposo. La circulación es más creadora que la producción. Los hombres cambian de lugar, como turistas o como emigrantes. Pero también los productos, las mercancías, las imágenes, las ideas”<sup>1121</sup>.

Tres son, a juicio de Milton Santos las principales características de este cambio para el sujeto<sup>1122</sup>:

1. Sus experiencias vividas quedaron atrás y la nueva residencia obliga a nuevas experiencias.
2. Con ello, los acontecimientos borran el saber ya constituido y exigen nuevos saberes.
3. El lugar nuevo le obliga a un nuevo aprendizaje y a una nueva formulación.

Con ello se ha roto la cadena saber-verdad-conciencia-voluntad como una única ontología de la subjetividad posible. El fundamento y fin del proyecto, el signo mitológico de la modernidad, el sujeto mismo ha quedado expuesto y sin su sentido de origen. Ello permite explicarse como el sujeto que logre moverse para satisfacer sus intereses o sus necesidades, es ahora no solo el único real sino el único posible.

---

<sup>1121</sup> Santos Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 279.

<sup>1122</sup> Santos, Milton. Op. cit. Página 280-281.

Esta ruptura y desplazamiento, fragmentación y redistribución de lugares cuestiona seriamente la posibilidad de la determinación e inamovilidad ontológica del proyecto de subjetividad moderna, de su racionalidad de asentamiento. Con ello se ha puesto a los individuos e individuos en el punto más tenso de la fragilidad pero también de la potencia. Una vez vaciada de contenido la artificialidad de la estática moderna de las personas, se le ha devuelto al nivel conexional del resto de la existencia, en un sentido anti ecológico si lo miramos desde el punto de vista de la producción, pero se restituye la condición de toda subjetividad a la posibilidad no de pugnar contra un absoluto que se contradice y del cual se rompe o se retorna, como lo exponían la dialéctica hegeliana o marxista, sino que se establece la posibilidad de su devenir en la forma y las condiciones de los intercambios. Si se quiere superar la inamovilidad que es espasmo del sujeto ontológico moderno, se requiere recuperar la mirada relacional a cada instante, tanto si se quiere sumarse a la fiesta del sistema, nuevamente en bancarrota tras la crisis sub-prime del 2008, como a la posibilidad de restituir puntos de encuentro.

“La formación de redes más o menos extensas no es una realidad más novedosa que lo era la actividad mercantil en la época en que Adam Smith escribía *La riqueza de las naciones*<sup>1123</sup>”, nos recuerdan Boltanski y Chiapello. La realidad nunca dejó de medirse por proyectos, como lo parecía, en que el sujeto era una definición antes que una actividad; lo que ocurrió más bien es que un megaproyecto, el de la racionalidad moderna y su mecanización – en cualquiera de sus macro relatos - tejía opacidad sobre las conexiones relacionales que devienen momento a momento, y la idea de red parece recuperarlas, aunque no se encuentra (como todo instrumento) libre de adquirir sentido según quien la usa y fundamenta. Los mismos autores nos señalan que “el lenguaje descriptivo del mundo conexionalista se orienta en dos direcciones opuestas. Por un lado, apunta hacia una temática de la acción sin sujeto donde el único ser que cuenta es la red en la que cuanto ocurre es del orden anónimo del se, de la autoorganización; por otro lado, se desliza hacia un neopersonalismo que pone el acento, no ya sobre el sistema, sino sobre los seres humanos que buscan un sentido”<sup>1124</sup>; y ello implica en una u otra dirección

---

<sup>1123</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal. Madrid. 2002. Página 161.

<sup>1124</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. Op. cit. Página 175.



redistribución de las conexiones, movilidad en forma de realismo y de movilidad más que de certezas inamovibles y estabilizadas artificialmente (como la misma idea de propiedad lo es). La fragilidad de esto ciertamente es mayúscula pero repone a la subjetividad en algo que parece ser un dato persistente, el que “la existencia misma es un atributo relacional: cada ser –tanto los seres humanos como los demás– existen más o menos en función del número y del valor de las conexiones que pasan por él”<sup>1125</sup>.

Retomemos ahora directamente el problema de la conciencia, para luego reordenarlo en los problemas de las mutaciones del sujeto y sus circunstancias. Resulta necesario precisamente por que el sujeto fue planteado por el idealismo como un problema de conciencia en relación con la verdad, como un ser consciente de una verdad racional plena. Hay allí otro punto de quiebre de la noción de sujeto precisamente por que olvida una dimensión de éste que siempre ha latido en él, con mayor o menor expresión; y es el hecho de que toda conciencia se enfrenta a su vez al inconsciente, y que todo sujeto es a la vez que sujeto racional sujeto de deseo. Y en esto, al excluir del continente del sujeto el contenido de su inconsciente en relación con su voluntad y con su libertad, lo que el pensamiento abstracto ha hecho es construir una suerte de beatitud laica, donde toda conciencia es sinónimo de verdad y toda verdad de racionalidad, en que ella es permanentemente sinónimo de deber y deber de felicidad y nuevamente hacia atrás, felicidad, deber y racionalidad equiparada a necesidad, lo que vuelve a dejarla muy cerca de su fantasma del interés como motor consciente del sujeto.

Tomar la tesis de Lacan en cuanto a que el inconsciente está estructurado como un lenguaje, y que por lo tanto se expresa en la articulación de los signos lingüísticos que darán forma al significante y al significado de su constructor, puede servirnos como hipótesis para comprender lo que ha pasado con el derecho que perdido también conciencia de sí y se ha visto descentrado de su lugar y su papel. Y me parece una hipótesis de trabajo adecuada precisamente porque frente a la expresión digamos motora del interés, el derecho ha actuado, en tanto formalidad racionalizada, como el lenguaje de expresión de cual debía ser el contenido de la

---

<sup>1125</sup> Bolstanski, Luc. Chiapello, Éve. Op. cit. Página 185.

eticidad del sujeto. Al presentarnos al sujeto solo como conciencia se ha pretendido fijar y eternizar una verdad y eso hace que las aporías y contradicciones de lo jurídico se fuercen como si el error no existiese sino que es un juego de excepciones solucionables por reinterpretación dentro de un sistema de saber absoluto en su hermenéutica. En ese desenvolvimiento como conciencia se entiende el yo del sujeto consciente como “función de síntesis y de integración; la conciencia como la perfección de la vida”<sup>1126</sup>.

Sin embargo, el olvido del deseo provoca un efecto que los juristas, y especialmente los glosadores del derecho, quieren disfrazar de naturalidad en tanto sostienen que el derecho presenta contradicciones y lagunas en los espacios de diferenciación, en el caso a caso, y que sin embargo en su funcionamiento global tiende a la unidad y a la integración. Puede observarse como este es el mismo movimiento del sujeto que no obstante en su individualización satisface su interés egoísta, por arte de predistidigitación, tras el *abracadabra* de la mano invisible se obtenga el bien común. Se esconde tras una racionalidad forzada la irrupción del deseo, y que ese sujeto no es solo sujeto de racionalidad formal y sujeto de interés sino también sujeto deseante. Hay que atender al habla del derecho y del sujeto jurídico, ya que “El deseo consciente es lo que quiere aquel (*el discurso*), aquello que sostiene el discurso consciente. Por eso, aquel habla. Por inconsciente que sea, no está obligado a decir la verdad, Más aún, el hecho mismo de hablar le posibilita la mentira”<sup>1127</sup>; se trata de un desenvolvimiento posible, que requiere no el mecanismo de la certeza como pilar de cierre, sino el de la aproximación. Mientras se pretende que el sujeto jurídico de siempre cuenta de una voluntad racional, se esconde que en verdad lo que cualquier decisión conlleva es un acto de aproximación, y que es eso lo que lo vuelve a la vez político que jurídico, aunque sostenga su neutralidad.

Por que, ciertamente, una de las dificultades del punto es que si el inconsciente apunta al deseo y éste carece de objeto, las necesidades no pueden ser racionalizadas previamente, solo vivenciadas y por lo tanto se requiere a su respecto una adecuación, una producción permanente de ellas, que asegure al

---

<sup>1126</sup> Lacan, Jacques. *El triunfo de la religión*. Paidós. Buenos Aires. 2005. Página 21.

<sup>1127</sup> Lacan, Jacques. Op. cit. Página 27.

menos el mínimo vital para que el sujeto como y viva y no solo para que exista como ente, o mejor dicho, como ontos. En esa definición a priori de que es lo necesario, que es lo que se debe, que es lo útil, se esconde la intención de construir una aproximación a las necesidades del sujeto poniendo en forma de ley las intenciones del sujeto de interés no de tener un objeto, sino de tenerlos todos para completar su personalidad que sólo se percibe como propietaria, y que por lo mismo no puede existir sin ella pero tampoco se llenará con todas las cosas, porque se le ha dicho que ella es una necesidad sin que su impulso tenga que buscarla, privándoselo de su fuerza de latido. Y hay en esa construcción del sujeto como un ser ontológico individual nuevamente un problema de falseamiento del modo de ser del sujeto, toda vez que al definirlo como individuo se le hace perder toda potencia relacional. “Lo *onto* tiene apariencia engañosa, porque no es el ente del individuo, sino la relación del sujeto con el ser, si esta relación es discursiva”<sup>1128</sup>, **y el discurso del sujeto es uno que pretende verdad y no existencia, situándolos en plano de subordinación del segundo al primero.**

Hay aquí un dato que la ciencia del derecho tradicional intenta pasar por alto, el problema de hasta donde el deber ser puede forzar la forma de lo vivo sin provocar un efecto de orden peor que el que pretende enfrentar: el que todo orden requiere de un desorden para reacomodar permanentemente su forma de ser. La pretensión de un sujeto individual y pleno de su conciencia y de sus bienes pretende construir la imagen de un sujeto verdadero no conflictuado, olvidando así que el conflicto es parte del movimiento mismo de la vida. Ese sujeto aislado en su individualidad, fijado en su certeza, cosificado en su libertad propietario olvida el carácter más esencial de lo vivo, el que “Lo esencial de la vida está en el movimiento que la transmite”<sup>1129</sup>. El sujeto individual propietario moderno, racionalizado como jurídico pero potenciado en su interés no racional, sufre así de un profundo narcisismo, que lo que ama “no es ese cuerpo cuyo batir y cuya pulsión escapan evidentemente a mi control, sino una imagen que me engaña al mostrarme mi

---

<sup>1128</sup> Lacan, Jacques. Op. cit. Página 34.

<sup>1129</sup> Bergson, Henri. Citado de su libro *La evolución creadora* por María Pía López en su prologo para el libro de Bergson *Materia y Memoria. Ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu*. Cactus. Buenos Aires. 2006. Página 17.

cuerpo en su *Gestalt*, su forma”<sup>1130</sup>. Y eso otro que se ama para representar al individuo no es ni él ni otro sino una cosa, una res que debiera completar la personalidad en el exterior y sin embargo, llena pero no completa.

Lo que la ruptura del paradigma del sujeto ha provocado, por la extrema tensión que los propios seguidores del orden liberal han producido a partir del neoliberalismo global, que despoja al sujeto de toda ontología necesaria en tanto lo central no es ya el sujeto/personalidad/propiedad como una esencia sino la acumulación como sentido en sí misma, es que de ser una imagen ficticia - pero metafórica - del orden que el proyecto liberal individualista pretendía, el sujeto se ha convertido en una imagen con cada vez menos poder de representación. La pérdida del carácter relacional del Yo con otro es profunda y no se resuelve en encuentros sin yo, orientados a la apropiación de las utilidades del intercambio, sino que requiere reincorporar relacionamiento. “El Yo solo puede tomar su valor de representación imaginaria, por el otro y con respecto al otro puesto que es imagen del sujeto proyectada a través de sus múltiples representantes”<sup>1131</sup>. La ausencia del sujeto como existencia, como ser relacional, como superación del narcisismo individualista propietario, nos coloca en la posición de la re-escrituración de su palimpsesto.

Como señala Eugenio Trías “Hoy al fin sabemos que el subjetivismo es una forma sutil de fetichismo. Y que el sujeto, el yo o la autoconciencia constituye el fetiche ilusorio en el cual la modernidad ha basado sus ilusiones sistemáticas”<sup>1132</sup>; el proyecto de subjetividad fundante ha quedado reducido a una imposibilidad que ya había sido anunciada, pero que el proyecto de identidad auto consciente había logrado derrotar o subsumir bajo el poder del logos que impone su ficción como una verdad no material pero real. Se trata de un fetiche que por un lado pretende que es posible un individuo absoluto y por otro que es de encuentros tan efímeros que logran producir sociedad sin producir colectividad.

---

<sup>1130</sup> Lacan, Jacques. *El triunfo de la religión*. Paidós. Buenos Aires. 2005. Página 46.

<sup>1131</sup> Dor, Joël. *Introducción a la lectura de Lacan. El inconsciente estructurado como lenguaje*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2000. Página 140.

<sup>1132</sup> Trías, Eugenio. *Filosofía y Carnaval. Y otros textos afines*. Editorial Anagrama. Barcelona. 1984. Página 80.

Esa propuesta que ha construido la subjetividad como punto de partida y no como punto de llegada arriesga varios falseamientos, la de la permanencia sin simultaneidad, la del olvido del hecho que “El ser es un encadenamiento de formas y la voluntad propia no tiene sentido”<sup>1133</sup>, que su organización, como lo de todo lo vivo, es en verdad una recurrencia sistematizada a posteriori y no un imperativo a desplegar como única opción: “En general las cosas se hacen y después se organizan retrospectivamente en una idea de proyecto, en una idea de voluntad que sanciona a posteriori el acontecimiento, de la misma forma que se construye el relato del sueño en el momento del despertar”<sup>1134</sup>. Y esto es así por lo que se esconde en el juego de la conciencia y la inconsciencia del sujeto moderno, la necesidad de identidad frente a un todo que lo obliga y de seguridad frente a un futuro que lo asusta; por eso el sujeto requiere la seguridad de la cosa para completar su personalidad, su soberanía de lo externo.

El proyecto del sujeto que denunciarnos es entonces un gran espejismo, una imagen de proyección de una idea que, afirmándose en lo que era en su relación de poder contra la que reaccionaba, un propietario defendiendo sus cosas frente a un poder expropiante, teme permanentemente de él y define que el sujeto soberano solo puede ser él mismo como propietario inviolable, se trata de una afirmación política de un sujeto. Así, en verdad, la conciencia que se nos plantea como algo puro no es tal sino una reacción en un juego de fuerzas que busca perpetuarse. “La conciencia no es nunca conciencia de sí mismo, sino la conciencia de un yo en relación a ello (yo de otro), este último no consciente”<sup>1135</sup> pero si en una relación de fuerzas en disputa. Y sin embargo en ese tráfago el sujeto que se anunciaba conciencia plena pierde algo de su afirmación al afirmarse en lo externo de la cosa, en la propiedad, lo que más teme perder. Se trata contra ese poder que oprime de levantar ya no un sistema de arbitrariedad sino de un deber permanente que de protección a éste sujeto, que afirmándolo traslada la opresión global a una de adhesión individual centrada en la decisión excluyente del uno, la presión de unos

---

<sup>1133</sup> Baudrillard, Jean. *El intercambio imposible*. Ediciones Cátedra. Madrid. 1999. Página 88.

<sup>1134</sup> Baudrillard, Jean. Op. cit. Página 89.

<sup>1135</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 60.

sobre otros depende de la capacidad, de la fuerza, de la jerarquía que ese uno logre imponer sobre el otro, y en la época de la razón, de la verdad racional expresada en las ciencias, solo podía medirse en una unidad que permitiese a la vez que generalizar en abstracto, individualizar en concreto, la medida de la propiedad es la medida de la jerarquía de las personas, de unas sobre otros.

El sujeto individual más que identidad o individualidad es individualismo autárquico erigido en la ficción de un conocimiento aparente del otro. Ya lo había señalado con fuerza Nietzsche cuando sostuvo en *Aurora* – ese libro para el despertar – que:

“Todos esos hombres, que no se conocen entre sí, creen en ese ser abstracto al que llaman hombre; o sea creen en una ficción. Todo cambio que traten de incluir con sus juicios es ese ser abstracto los individuos poderosos (como los príncipes o los filósofos) produce un efecto extraordinario y exagerado en la mayoría. Y todo eso ocurre porque cada uno de los individuos que forman esa mayoría no es capaz de oponer el ego verdadero que le es propio y en el que ha profundizado; a esa pálida ficción universal que, de éste modo quedaría destruida”<sup>1136</sup>.

Así esta gran dialéctica de la liberación del individuo, al racionalizarse en una legislación universal se vuelve una nueva forma de obediencia, de sumisión a lo heterónomo y de liberación mediante la opresión del otro con menos potencia medible, menos libertad, es decir, menos propiedad. Nos lo explica Deleuze diciendo que “Cuando dejamos de obedecer a Dios, al Estado, a nuestros padres”<sup>1137</sup>, aparece la razón que nos persuade a continuar siendo dóciles, porque nos dice; quien manda eres tú. La razón representa nuestras esclavitudes y nuestras sumisiones, como superioridades que hacen de nosotros seres razonables”<sup>1138</sup>.

Se nos presenta al sujeto como lo que es, un gran acto de conservación, un pensamiento de la reacción, una idea de la seguridad cosificada, en que el emprendimiento de los individuos propietarios no es sino un gran acrecimiento de su

---

<sup>1136</sup> Nietzsche, Friedrich. *Aurora*. Gradifco. Buenos Aires. 2005. Página 84.

<sup>1137</sup> Los grandes poderes antiguos de los que se requería manumisión, no existía libertad por sí misma.

<sup>1138</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 131-132.

propiedad para evitar verse al descubierto, para encontrarse cada vez más lejos de, por una parte el miedo a la desnudez del animal expuesto a la relación, al deseo, a la muerte; y por otro; y por otro para tener que encontrarse a sí mismo en una personalidad que diga relación ya no con algo externo, la cosa o la ley, sino con el re-ligamiento de sus instintos y una ética de la alteridad no basada en el deber sino en el placer y la subsistencia como especie. En esa fuga del en sí relacional, que implica menos identidad y más individuación, aún en contra de la diversidad de relaciones, de vidas, de especies, de los deseos, lo que el proyecto moderno del sujeto ha hecho es no sólo cosificar la vida, no sólo reducir la personalidad a la propiedad y la verdad al argumento cuantificable de la razón, sino que en definitiva propone un artificioso proyecto monista, de lo único, de lo que mira a toda pluralidad y plurivocidad con la sospecha del que teme a las sombras que en la noche cree lo acechan como múltiples lobos.

Frente a ese ser que es ser en sí se olvida que el ser se dice de muchos modos:

“La reflexión en torno del ser, en torno de los muchos modos, de los muchos sentidos con que el ser se dice, parece estar irresistiblemente atraída hacia una cuestión superior; si es que existe uno unitario, o cual de entre los varios sentidos podría ser el verdadero, y esta cuestión deja traslucir ya la actitud profunda y constitutiva de la filosofía, que tiende siempre a sustituir la plurivocidad por la univocidad, una esencia por una relación fenoménica, una sustancia por un modo de ser, un qué cosa por un como, una referencia semántica (un significado) por una articulación modal (un sentido)”<sup>1139</sup>.

Con el intento de establecer como punto de partida el que debe entenderse por el sujeto, por su verdad, por su conciencia, por su existir, el proyecto moderno de la subjetividad se ha centrado en el es, como imperativo apodíctico y legalizado permanente e inmutable. De hecho todo el sistema de derecho occidental tiende a ello, a imponer un modo de obrar, un modo de interpretar, un modo de subsumir, un modo de ejecutar; el ejercicio del poder político se ha pensado como una sola soberanía; la acción económica como la exaltación de la acumulación, de la

---

<sup>1139</sup> Chiurazzi, Gaetano. *Los sentidos del ser*. En *Filosofía y Poesía: dos aproximaciones a la verdad*. Gedisa Editorial. Barcelona. 1999. Página 153.

ganancia. Desde la expresión metafísica a la jurídica, de la moral a la económica se ha pretendido reducir el existir a *un como único*, que en la era de la globalización neoliberal alcanzó un culmine que discursivamente implicaba un solo modelo de desarrollo, crecimiento y humanidad, la del libre mercado absoluto. Contra todas las posibilidades de construir procesos culturales diversos, integrándose, dialogando, en la modernidad y en la contemporaneidad de ese proyecto, la cuestión del sujeto ha devenido en su condena a existir en el campo de la razón como se le señaló en el proyecto original y en la práctica en su disolución en los métodos únicos de la solución técnica de la propuesta neoliberal. Se ha olvidado así que el problema del sujeto es el problema del existir concreto, que dice relación con el modo de existir, en que no hay un ser sino un cómo se puede ser.

Hay, como nos recuerda Agamben, una diferencia entre el *zoe* y el *bio* y la reducción biopolítica acelerada de la primera, la vida biológica, a la vida social de la segunda, aumentada en las definiciones tecnocráticas de lo todo disponible y apropiable a que nos enfrentamos y que disuelven incluso al individuo (léase sujeto) si se le opone. Así, en riesgo de la propia esfera de lo vivo por el mercado *zoe-fago* y *bio-fagico*, el modo conocido, racionalizado y juridicizado del sujeto es el problema del *bio* que dispone del individuo en tanto individuo vivo en el mundo, que en aras del *yo* trascendental impone la tensión del ser indiferenciado versus el soberanamente individuado, perdiéndose precisamente el modo de lo que puede ser en su contexto, en su mundo. En ese mundo no deja de existir, como teme el esencialismo, la diferenciación, solo que es compleja y de sentido y no medible en la *mathesis* de la propiedad como medida y en la voluntad formalizada como expresión. Se olvida que “un mundo envuelve ya un sistema infinito de singularidades seleccionadas por convergencia”<sup>1140</sup>, en que la expresión de ese ser no es equivalente a la cosa, al signo que puede representarlo. Con el énfasis del proyecto liberal en la univocidad universal y la diferenciación en la relación de intercambio, se olvida que “La univocidad del ser no quiere decir que haya un solo y mismo ser: al contrario, los entes son múltiples y diferentes, producidos siempre por una síntesis disyuntiva, disjuntos y divergentes ellos mismos, *membra disjuncta*”<sup>1141</sup> y que para

<sup>1140</sup> Deleuze, Gilles. *Lógica del Sentido*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2005. Página 143.

<sup>1141</sup> Deleuze, Gilles. Op. cit. Página 215.



ello no requiere la individualidad en el contrato, su identidad en el nombre y su expresión personal en las propiedades que lo contienen.

Deleuze expone de manera sucinta y brutal cual es la alternativa que debe encontrar el sujeto para romper el cerco de la univocidad y la cosificación de su individualidad: “la verdadera prueba del yo reside en el problema del enlace”<sup>1142</sup>, no en lo que es sino en lo que puede ser, en su condición de posibilidad no ya como punto de partida sino como punto de llegada. El sujeto no lo será sino en la medida que sea un desafío permanente para su potencia. O como él mismo lo expresa recordando a Nietzsche: “Lo que constituye al hombre y a su mundo no es únicamente un tipo particular de fuerzas, sino un devenir de fuerzas en general”<sup>1143</sup>.

Ese es ciertamente el camino de re-escrituración que el signo del sujeto requiere plantearse, el ponerse en un movimiento distinto al de la subjetividad propietaria de la certeza, de la seguridad, de la acumulación, del interés. O como canta Zarathustra: “es mejor estar loco de felicidad que estarlo de infelicidad, es mejor bailar torpemente que caminar cojeando”<sup>1144</sup>.

### **La re-escrituración de la potencia.**

Podemos ahora retomar el segundo nivel de la discusión acerca de la posibilidad del sujeto, y que enunciamos de la siguiente forma: si el sujeto fue concebido como la personificación de la propiedad, de que otra forma puede conjugarse esa subjetividad; que es a su vez la pregunta por la plurivocidad del sujeto.

Como nos lo recuerda una vez más Foucault, “El Yo como recordaran... se representa como un valor universal, pero que de hecho solo es accesible a

---

<sup>1142</sup> Deleuze, Gilles. Op. cit. Página 241.

<sup>1143</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 235.

<sup>1144</sup> Nietzsche, Friedrich. *Así habló Zarathustra*. Alianza Editorial. Madrid. 1997. Página 400.

algunos”<sup>1145</sup>, de manera que al ser sus condiciones de existencia la personalidad entendida como propiedad y la verdad, entendido de un mundo ajeno al que se adviene por el conocimiento que nos da la razón de sus conceptos a priori, la idea del sujeto moderno ha sido la de la relación con lo externo, con el de su soberanía mayor o menor definida heterónomamente. Y en el reconocimiento de esa condición, como del diferencial que de construir una relación de soberanía distinta sobre esa trama es la cuestión que se le plantea al sujeto. “Mientras que la teoría del poder político como institución se refiere por lo común a una concepción jurídica del sujeto de derecho, me parece que el análisis de la gubernamentalidad<sup>1146</sup> – es decir: el análisis del poder como conjunto de relaciones reversibles- debe referirse a una ética del sujeto definido por la relación de sí consigo”<sup>1147</sup>.

En efecto, tanto en la versión liberal originaria como en la resultante de la entender las sociedades modernas como sociedades de clases, el sujeto social y de derecho siempre fue definido en sus características, en sus atributos y en sus facultades desde un soberano exterior a él; sujeto que además fue racionalizado y operacionalizado en una perspectiva de control jurídico de su hacer, oscilando entre lo lícito y lo ilícito, entre lo permitido y lo permisible y con ello, lo limitable.

En la estructura político-jurídica del liberalismo, como lo hemos venido reiterando, la personalidad del sujeto se definía, por un lado, por su carácter propietario y por otro por su espíritu republicano; lo que significaba su respeto y sometimiento a la ley, y con ello a las costumbres conservativas de la legalidad; tanto así que a pesar de su cara amable y liberadora de la tiranía del Antiguo Régimen, Sade ya advertía sobre los peligros de no romper con la tradición escolástica del orden y su patrón de legalidad ritualizada en el canon de las sumas

---

<sup>1145</sup> Foucault, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2001. Página 179.

<sup>1146</sup> Foucault entiende por **gubernamentalidad** un campo estratégico de relaciones de poder, de manera que esa movilidad es lo que las hace reversibles. Se trata de una concepción compleja de las relaciones subjetivas, en la misma línea que antes Nietzsche había trabajado los choques de fuerzas y jerarquías sobre los cuerpos.

<sup>1147</sup> Foucault, Michel. Op. cit. Página 247.

teológicas. “¿Creen que se llegará a la meta cuando nos hayan dado unas leyes”<sup>1148</sup>, preguntaba, toda vez que le parecía evidente que no bastaba una heteronomía de signo distinto al monárquico, sino que existía el peligro latente de, sin el esfuerzo de romper con la tradición de la superstición –nuevamente el problema del signo y el mito-, no se alcanzaría una verdadera libertad para los sujetos, de modo que éste nuevo sujeto revolucionario debía hacerse cargo de una tarea mayor, con su célebre frase en que pide un esfuerzo más si queréis ser republicanos<sup>1149</sup>. De ésta forma la definición del sujeto quedaba entregada a la facultad de un legislador, de manera que le correspondía asumir su actuación dentro de los límites que ese orden le fijaba.

Por su parte, en la tradición socialista y comunista tampoco se fue mucho más lejos, ni en la teoría ni menos en las experiencias ultra institucionales de los socialismos reales. Al concebirse al sujeto como un ente de conciencia radical, aun cuando se dijese materialista y no idealista, señalándolo como “una clase obrera que haya alcanzado la conciencia de su misión histórica, una clase obrera que haya desarrollado una conciencia conforme a esa misión”<sup>1150</sup>, y que le confería deberes mirando a su constitución de futuro, presuponiéndolo en un orden natural de destino para la humanidad (la necesidad histórica del comunismo), el de construir un proyecto donde las diferencias debían articularse dentro de una totalidad en la unidad de lo social, de unificarse en la desaparición de las clases, Marx colocó sus tesis en la frontera del orden institucional, lo que acabó, al señalar como destino necesario la unidad de sujeto, estado e historia - manifestando sus evidentes raíces hegelianas - remitiendo a la clase a un lugar dentro de ese orden en las experiencias reales de institucionalización del sindicalismo obrero, o convertida en el orden

---

<sup>1148</sup> François, Donatién Alphonse. Marqués de Sade. *Filosofía en el tocador*. Edimat Libros S.A. Madrid. Página 119.

<sup>1149</sup> “*Franceses, os lo repito, Europa espera que vosotros la libréis del cetro y del incensario al mismo tiempo. Pensad que os será imposible liberarla de la tiranía de los reyes, sin hacerles romper las cadenas de la superstición religiosa: ambas están unidas por lazos tan estrechos que, si dejáis que una de ellas subsista, volveréis a caer bajo el dominio de aquella cuya disolución habéis descuidado. Un republicano no debe humillarse más arrodillándose ante un ser imaginario ni ante un vil impostor; sus únicos dioses deben ser ahora la valentía y la libertad. Roma desapareció desde que se comenzó a predicar allí el cristianismo y Francia también desaparecerá si sigue soñando con él*”. François, Donatién Alphonse. Marqués de Sade. Obra citada. Página 121.

<sup>1150</sup> Rovatti, Pier Aldo. *Prologo*, de Heller, Ágnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Ediciones Península. Barcelona. 1998. Página 13.

mismo, como en el bloque socialista; dando cumplimiento a la profecía sadiana. De hecho, en la práctica, la concepción de clase como *clase obrera* adquirió también una definición jurídica en tanto orden fijado, manifestada con toda claridad a partir del surgimiento del derecho laboral como eslabón de la jerarquización por especialización de funciones en la división del trabajo que había tenido su primera etapa en las diferenciaciones al interior de los talleres medievales. Como exponen Boltanski y Chiapello: “El nacimiento del derecho laboral y la definición perfectamente codificada del salario hacia finales del siglo XIX permiten el advenimiento de la segunda etapa, que separa a los patrones de los asalariados y a estos últimos de los no asalariados”<sup>1151</sup>, con lo que el sujeto de la comunidad organizada pasó a ser la comunidad regulada, la huelga de acción subversiva a etapa de la negociación social-pactista.

Con una u otra raíz, en definitiva la teoría constitucional determinó que la inclusión de los sujetos al orden nacional se tradujese en una condición de acceso de carácter inclusionista y reglamentarista. Sobre la idea de un sujeto artífice de la historia, titular de los derechos políticos, sociales e individuales, el cruce de la línea de la ciudadanía se obtiene como un resultado de atribución por parte del soberano. La soberanía ciudadana del sujeto no radica para el orden jurídico tanto en la verdad ni en su *en sí*, ni en el destino de su proyecto, sino en un acto más pragmático y simbólico de admisión en ese orden social que se despliega. Si el pensamiento moderno ha querido ligar la cumbre de la racionalidad civilizatoria en la idea de los derechos humanos de los sujetos, es “la noción de inclusión o membresía en una sociedad política organizada (*la que*) provee la base de los derechos humanos. La idea de membresía es normativa y, por lo tanto, no debe ser identificada con el hecho de vivir dentro de un territorio”<sup>1152</sup> sino más bien con el de ser admitido en un sistema que se desplegará en él o más allá. En definitiva, pese a sus deseos de libertad, la noción del orden implica que si lo que define a sujeto es su momento racionalizado o jurídico, el derecho, que es su subjetividad reconocida, “pertenece

---

<sup>1151</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal. Madrid. 2002. Página 401.

<sup>1152</sup> Cohen, Joshua. *¿Sufrir en silencio?*. En Gargarella Roberto y otros. *El derecho a resistir el derecho*. Miño y Dávila Editores. Buenos Aires. 2005. Página 81.

exclusivamente a aquellos individuos que se encuentran afectados por la autoridad”<sup>1153</sup>.

Ahora bien, si a diferencia del liberalismo, que elaboró su subjetividad como apriorismo conceptual y facultad post formalización, el marxismo y sus derivados lo configuraron como parte de un orden materialista y además posibilidad necesaria de conciencia, compartiendo en ambos casos la idea hegeliana de cumplimiento histórico, el sujeto como clase marcó una diferencia radical en el discurso político, toda vez que permitió sentar radicalmente el que la producción de la subjetividad es un problema político. Pero a su vez, en la línea racionalista moderna, elípticamente lo remitió a una restricción de sentido que ya fuese por falta de claridad del devenir o simplemente por carencia de fuerza suficiente, lo dejaron convertido en un lugar del orden que requiere de ese orden para realizarse, limitando la potencia del sujeto, su discurso y de los usos de su racionalización, especialmente a jurídica.

La presencia de un sujeto político fuerte en una matriz individualista o colectivista centralizada lo transforma así en un lugar sin tránsito, perdiéndose precisamente las condiciones de posibilidad para ese sujeto, que abandona los lugares no prefijados de lo político. De hecho, contra la mistificación que instauraba la modernidad liberal, la contra modernidad marxista parece haber fracasado doblemente: mientras que el liberalismo hacía hincapié en la propiedad y posesión actualizada y en verdad permanente para mantener la personalidad y la inclusión en la ciudadanía nacional, la perspectiva marxista pretendía la constitución de conciencia actual para una apropiación (colectiva) futura, en un orden a constituir, lo que en definitiva hacía olvidar la cotidianeidad del instante, salvo para ordenarlo en esa planificación racional que tampoco perteneció a los miembros de esa clase concientizada sino a quienes se definían como guardadores y planificadores de ese orden. Y esto es importante apreciarlo, porque más allá de las críticas ontológicas y de método que puedan hacerse Marx, no cabe duda que en su brillante análisis del capitalismo y de las formas de éste en su época, destacó claramente cuál era el sujeto no liberal posible en ese marco, ignorando las lecturas mecanicistas, idealistas y/o ontologicistas que de sus ideas derivarían a la doctrina y a la práctica.

---

<sup>1153</sup> Cohen, Joshua. Op. cit Página 85.

Me parece en ese sentido acertado lo sostenido por Felix Guattari cuando señalaba, en relación a la producción de la subjetividad, el hecho que “los movimientos marxistas o progresistas chocaron contra un muro. Elaboraron su teoría a partir de una especie de presa conceptual, que personalmente considero maldita, y que vuelve como la gripe, todos los años: la infraestructura económica-superestructura ideológica. Lo importante es estar en lo real, en la materia, en lo sólido, en las relaciones de producción económica. La ideología, la subjetividad no tienen sino una importancia secundaria”<sup>1154</sup>, sostenía; perdiendo de vista que, como podría decirse en lenguaje cibernético, en el resultado final no hay diferencia funcional separada entre hardware y software. Al analizar el paradigma dentro del cual se produce esa gestión, nuevamente parece acertar Guattari al denunciar esa formación absolutista de planos de realidad disyuntivos: se juega con la misma idea de saber/verdad en torno a la existencia de solo una opción posible; que se consigue o se descarta en base a una conciencia cierta; además por cuanto se implica un método que, basado en la dialéctica, sumada a la verdad absoluta en su fundamento, a la que necesariamente ha de volverse para confirmarse, se tiende a la inercia y conservación de un punto de base inamovible y no a un devenir creativo (en uno el derecho natural de propiedad, en otro la sociedad sin clases, ambos como dogmas) y finalmente por que con esos movimientos, se operan una serie de consecuencias –teóricas y prácticas – en los campos de la política y lo jurídico.

En el campo de la teoría política, al centrarse la discusión por una parte en las instituciones, y por otra en el erigir como contra-sujeto histórico a la clase obrera, se verifica un fenómeno de subordinación del horizonte de acción de ésta por un lado, y por otro, una suerte de auto restricción de mirada sobre las otras formaciones existentes en la diversidad social y que constituyen subjetividades no liberal-capitalistas<sup>1155</sup>, por lo tanto de naturaleza política cuando menos diferente al

---

<sup>1154</sup> Guattari, Felix. *El devenir de la subjetividad*. Dolmen Ediciones S.A. Santiago de Chile. 1998. Página 29.

<sup>1155</sup> En esto, capitalismo las dispersa en el consumo y el comunismo las subordinaba siempre a la clase obrera declarando su capitis di minutio. Por eso Guattari, en cuanto a lo que denomina formación de la subjetividad señala que “el capitalismo en ese plano, fue mucho más inteligente que el socialismo. Buscó vías intermedias que permitían dar satisfacciones parciales a las subjetividades nacionalitarias, a la vez que reconquistaba los elementos económicos y geopolíticos estratégicos, esenciales para el desarrollo de su política planetaria”. Guattari, Felix. Obra citada. Página 31.

monopolio conceptual propietario. En efecto, al pretender que la clase obrera debía constituirse en un sujeto que, encontrándose excluido y subordinado al orden estatal, instrumento de su sumisión, tenía a su vez por mandato de destinación histórica el peso de la obligación de conquistarlo, hacerse de él, instrumentalizarlo en su favor; con ello se obtendrían ciertamente un reacomodo de los instrumentos de poder en beneficio de la clase, pero se conservaría el orden legal e institucional de unificación de las diferencias en el aparato que concentra la nacionalidad y la soberanía política. Esta definición no es menor, ya que incide en la forma y titularidad de la soberanía, reafirmando la unificación de la soberanía en torno al Estado, subordinando o derechamente excluyendo otras formaciones, pero que a la vez subordina la forma –y con ello la legitimidad formal- del ejercicio de la soberanía por los ciudadanos a la forma que el soberano produce para regular su autonomía, generando heteronomía jurídica total.

El resultado no es abstracto, tuvo repercusiones concretas. De hecho, lo sucedido en el espacio de los socialismos reales fue exactamente eso, pero además con el agravante de sacar el poder de la misma clase, concentrándolo en manos de la gerencia o nomenclatura de quiénes se alzaron como representantes de proletariado. Pero no solo en el mundo pro soviético se verificó esa totalidad. Si allí la identidad estatal era coincidente con la misión histórica de la clase, incluso sobre ella misma, en el mundo capitalista esa noción de unidad se centró en la res pública o cosa pública y en el orden necesario para su defensa, especialmente en la garantía de la propiedad. En ambos experimentos modernos “El cuerpo político resultante, que suele ser un cuerpo político nacional, es absolutista en sentido reaccionario, es decir, que las diversas y diferentes clases o funciones sociales se hallan absolutamente unidas bajo el mando del soberano”<sup>1156</sup>. Con ello se ha perdido una diversidad de posibilidades que podrían haber expresado al cuerpo social de manera distinta.

Hardt y Negri por ejemplo rescatan el concepto político de Multitud, que sin ser el proletariado, es también un concepto de clase que comprende a “la totalidad de

---

<sup>1156</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*. Debolsillo Editorial. Barcelona. 2006. Página 190.

los que trabajan bajo el dictado del capital y forman, en potencia, la clase de los que no aceptan el dictado del capital”<sup>1157</sup>, y que permiten asociar a ésta categoría a todas aquellas formas que resultan socialmente productivas, con independencia del modo de producción exacto al que acceden, ya que en la época del control biopolítico de la producción, todos esos grupos resultan productores de productos, pero también de relaciones sociales y formas de vida. En esta forma de acceso a la producción de lo común que ellos llaman Multitud se alojan todas esas formas de producción que quedan ocultas bajo las nociones de lo público y lo privado, pero que apuntan a esa producción integral biopolítica de gestión y reproducción de lo vivo, que no solo es producido por el Estado, “sino recuperado por las singularidades que cooperan en la producción social, biopolítica. Se trata, pues, de un interés común que no queda en manos de una burocracia sino que es administrado democráticamente por la multitud”<sup>1158</sup>. Como puede verse ésta noción de actor político primero es múltiple y abierta y no cerrada, segundo está en un proceso de recreación permanente y necesaria en torno a la producción de lo común y su reappropriación, y tercero y probablemente lo más importante, es que se caracteriza no por lo que es sino por la potencia que alberga. “La multiplicidad de la multitud no consiste en ser diferente, sino en hacerse diferente.”<sup>1159</sup> Si el poder pasa a ser poder sobre la vida misma, la potencia del sujeto radica precisamente en llegar a expresar esa potencia en una soberanía distinta a la del estado y los agentes económicos.

Sabiendo, como lo sostienen Boltanski y Chiapello en su análisis sobre las mutaciones en los discursos y formas categoriales que se disputan la comprensión del espacio social, que “El debilitamiento del modelo de las clases sociales repercute sobre todo en la crítica social, en la medida que ésta ha descansado, desde hace más de un siglo, en la denuncia de las desigualdades de todo tipo entre clases de individuos y se ha esforzado en promover un reparto equitativo de las cargas y de los beneficios asociados a la participación de éstos diferentes grupos en el mismo proceso productivo”<sup>1160</sup>, y que ese modelo de comprensión es cierto en tanto

---

<sup>1157</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. Op. cit. Página 134.

<sup>1158</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. Op. cit. Página 243.

<sup>1159</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. Op. cit. Página 404.

<sup>1160</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal. Madrid. 2002. Página 421.



mantiene ordenar el momento colectivo, comunitario y de lo común como un proceso de encuentro social definido hoy como el de los espacios subordinados y utilizados por el capital para ejecutar y mantener su gestión de la producción de lo real a nivel global, pero que además adolece de una ceguera tanto de escala como de modo de efectuar esa comprensión, ya que olvida que así como hay clases “hay individuos, grupos, pero también máquinas sociales, tecnológicas, y esto es lo que produce la subjetividad”<sup>1161</sup>, conviene entonces tener en cuenta que la posibilidad de una vez más en la historia, rescribir al sujeto, rehacer la subjetividad no ya en la perspectiva monista de la modernidad sino en la pluralidad de las relaciones articulables, ya que ésta no surge solo de “una especie de alma flotante situada en la superestructura ideológica, sino algo que puede nacer como un foco autopoyético”<sup>1162</sup>, lo que se juega por un lado en aceptar y re fortalecer la idea de que lo común es un proceso de producción económico, social y político bajo la égida del capital, y por otro en desarrollar puntos de vista sino nuevos, desplazados o subordinados por los análisis de clase como motor de la historia. Incluso a riesgo de romper con los mitos y dogmas que hasta hoy constituyeron el grueso de la dogmática crítica anticapitalista, es preciso reconstruir la subjetividad ampliando su repertorio comprensivo fuera de las reglas de los discursos anti sistémicos institucionalizados, movilizándolo en esa argumentación, como lo diría Paul Feyerabend, “no contra argumentos sino) contra fuerzas para superar las restricciones impuestas por las reglas”<sup>1163</sup>.

Para poder rescribir una vez más la subjetividad, en un despliegue libre de toda alienación, la del capital, pero también la superstición de los mitos que la propia crítica moderna ha desarrollado, me parece que al menos es necesario rescatar y reordenar las siguientes pistas acerca de, precisamente, como se verifica la producción plural de lo subjetivo:

En primer lugar hay que dejar de pensar al sujeto como voluntad para ubicarse en la línea de quienes lo han concebido y proyectado como potencia.

---

<sup>1161</sup> Guattari, Felix. *El devenir de la subjetividad*. Dolmen Ediciones S.A. Santiago de Chile. 1998. Página 36.

<sup>1162</sup> Guattari, Felix. Op. cit. Página 36.

<sup>1163</sup> Feyerabend, Paul. *Tratado contra el método*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2000. Página 187.

Mientras que hasta ahora hemos vivido en el reino del pensamiento abstracto que imagina al sujeto como una conciencia que en relación a la producción de verdad toman determinaciones racionales, que dicen relación o con el absoluto inicial que deben reproducir o con la misión histórica que se le atribuye y que expresan en un despliegue volitivo de efecto causal. Ese puede ser un sujeto de complejidad trascendental, como nos han dicho, mitad dueño mita reo de una esencia que los traspasa, que lo penetra y lo proyecta, pero que es demasiado ajeno al estar fuera del mundo de la sensibilidad, de la materialidad, de la relación ínter subjetiva de contacto y no solo de enunciado. En un sentido spinoziano podemos decir que esa potencia es no una decisión de conocimiento y verdad trascendental sino **el despliegue de una pasión que moviliza**<sup>1164</sup>, que orienta el despliegue de la subjetividad no desde un ser sino hacia su posibilidad y su ejercicio. Por que la verdadera naturaleza en este sentido no es una naturaleza estática sino que una que se mueve, que se despliega, que persevera en su ser, que vela por sí misma, impide su propia destrucción<sup>1165</sup>. De esta forma, todo ser tiene por naturaleza no algo dado indeterminadamente sino una formulación, un modo que se caracteriza por que “El esfuerzo con que cada cosa intenta perseverar en su ser no es nada distinto de la esencia actual de la cosa misma”<sup>1166</sup>, de manera que su ser es su potencia y ésta es siempre actual.

Mientras que en la concepción idealista de la voluntad como conciencia se trata la esencia, la naturaleza o el ontos del ser, como quiera llamársele, como de un punto de partida que dirige y define desde un principio la subjetividad, de manera que esta queda construida pero también delimita por esa naturaleza absoluta inicial,

---

<sup>1164</sup> En la tercera parte de su *Ética (Del origen y de la naturaleza de los afectos)* Baruch Spinoza distingue entre causa adecuada, que puede ser percibida claramente en virtud de ella misma, y causa inadecuada, cuyo efecto no puede entenderse por ella sola. Señala a su vez entre el momento en que obramos, es decir cuando ocurre algo fuera de nosotros de lo cual somos efecto de una causa adecuada, y cuando padecemos, en que ocurre algo de lo que no somos sino causa parcial o inadecuada. Adicionalmente llama afectos a las “afecciones del cuerpo, por los cuales aumenta o disminuye, es favorecida o perjudicada, la potencia de obrar de ese mismo cuerpo, y entiendo, al mismo tiempo, las ideas de esas afecciones”. Así entiende por efecto una acción de causa adecuada, y en los demás casos, entiende una pasión. Spinoza, Baruch. *Ética*. Alianza Editorial. Madrid. 2007. Página 193.

<sup>1165</sup> Las cosas singulares son modos, dice Spinoza, modos de dios, que se expresan de cierta y determinada manera, pero ninguna cosa lleva en sí la virtud de ser destruida, “sino por el contrario, se opone a todo aquello que pueda privarle de su existencia, y, de esta suerte, se esfuerza cuanto puede y está a su alcance por perseverar en su ser”. Proposición Sexta. Tercera Parte. Spinoza, Baruch. Obra citada. Página 203-204.

<sup>1166</sup> Spinoza, Baruch. Op. cit. Página 204.

eterna, inmutable –lo que hace que todo movimiento sea un acto de regreso a sí mismo, todo lenguajear un decir sobre sí mismo –, la subjetividad como potencia es siempre un movimiento, un desplazamiento, un constituirse, una reconfiguración de sus posibles modos, una fuerza de despliegue y mutación y no solo de desarrollo. Es en ese movimiento donde se producirán los encuentros reales de la subjetividad propia con las otras, no un intercambio de voluntades sino un juego de alteridad y jerarquía, de acción y reacción, de fuerzas en movimiento por su propio lugar de jerarquía y sumisión, de modo que “En un cuerpo, las fuerzas dominantes o superiores se llaman activas, las fuerzas inferiores o dominadas se llaman reactivas. Activo y reactivo son precisamente las cualidades originales, que expresan la relación de la fuerza con la fuerza”<sup>1167</sup>. Todo modo es entonces movimiento, desarrollo, posibilidad de constituirse y reconstituirse de manera permanente, eternamente retornante y obligada a ello si quiere permanecer. A diferencia de la subjetividad antológicamente permanente del sujeto de conciencia, en que su naturaleza y esencia es un punto de partida ya definido, en la subjetividad de la potencia el sujeto es siempre un punto de llegada, que se requiere, se prueba y se configura a sí mismo en la medida que apuesta por sí mismo en su modo. Se trata efectivamente de un combate, entre la fuerza de la potencia contra la categoría estática de la voluntad, entre una definición y una producción de sentido.

Lo anterior puede parecer solo un enunciado, sin embargo es un decir de afirmación activo en contra de un definir reactivo. Desde un primer momento de la articulación de su discurso es cierto que una subjetividad de la potencia, de la acción y del sujeto como punto de llegada parece solo un pequeño desplazamiento lingüístico, y sin embargo sus consecuencias son manifiestas. Pensar ese pequeño desplazamiento es ya un gran salto; ya antes Descartes hizo algo similar en su discurso del método con sus continuas explicaciones de no querer nada distinto a la voluntad de dios para instaurar bajo un proyecto de búsqueda que según él mismo podía estar equivocado, instaurar todo un método de trabajo que produjo –con otros– un cambio paradigmático que desplazó a todo un régimen de soberanía y de verdad. Este desplazamiento de que hablamos, de la conciencia a la potencia, trae consigo

---

<sup>1167</sup> Deleuze, Gilles. *Nietzsche y la filosofía*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 61.

consecuencias prácticas inmediatas, desde la ciencia a la política, de la doctrina a la soberanía.

En efecto, desde Kant a Hegel, desde Bacon a Luhman, el sujeto fue concebido siempre como un adentro contra el mundo, de este modo en todos sus proyectos de investigación la disyunción sujeto/objeto es un dato mayor que opera sobre la razón y la práctica de los sujetos. Pensemos solamente como ha sido tratada la naturaleza en cada uno de estos casos, incluso en la teoría de sistemas luhmaniana que piensa al sujeto como entorno, lo central sigue siendo que el sistema funcione, sin importar su sustentabilidad futura. Ello se traduce en propuestas contra la pobreza, contra la crisis ambiental, contra la misma crisis financiera en que vivimos en que la respuesta es solo instrumental y nunca modal. Pensemos nuevamente en la relación con la naturaleza, con el entorno para uno u otro sujeto posible. Mientras que el individuo propietario busca apropiarse del entorno, los sujetos de necesidades requieren adaptarse, convivir con él; mientras el individuo ciudadano es definido como votante, los movimientos sociales requieren constituirse, fijar objetivos, modificarlos y actuar permanentemente para conseguirlos, sin este movimiento no existe subjetividad alguna en ellos; mientras que en el derecho político tradicional la soberanía es un juego de conceptos vinculados a la unidad y la instrumentalidad pone su acción de modo reactivo contra todo lo que pueda llegar a vulnerarla, en una nueva cultura jurídica el monismo que ha dominado la juridicidad es desplazado al pluralismo jurídico, donde ya el espacio del derecho no es un concepto traducible en legalidad permanente sino un proceso de legitimidad complejo, de “yuxtaposición, articulación e interpenetración de varios espacios jurídicos mezclados, tanto en nuestras actitudes, como en nuestros comportamientos, sea en momentos de crisis o de transformación cualitativa de las trayectorias personales y sociales, sea en la rutina tibia de lo cotidiano sin historia”<sup>1168</sup>. Y ello implica una hermenéutica y una práctica muy distintas a la de la subsunción normativa.

---

<sup>1168</sup> De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la Razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Bilbao. 2003. Página 251.

Una segunda pista que me parece imprescindible tener presente es el hecho que, si la subjetividad no es ya una definición previa sino un ejercicio permanente de reconstrucción, considerando por cierto que la vida social implica siempre el ejercicio de articulaciones de esas subjetividades, si no se quiere crear desde un principio un signo totalitario y autoritario como es el individuo liberal - ego indiferente de la alteridad - se requiere permanentemente visualizar, rescatar y velar por la necesaria autonomía en la constitución del sujeto, en un movimiento coetáneo y nunca separado de la relación social, nunca previo y supuesto, pero sí que dé cuenta de esa autonomía.

Como lo han mostrado las investigaciones de Varela y Maturana “El problema de la autonomía de lo vivo es central y hay que cernirlo en su forma mínima, en la caracterización de la unidad viviente”<sup>1169</sup> para dar cuenta del proceso de lo vivo, que eso es la subjetividad, manifestación de vida. Todo proceso de constitución de identidad es circular, centrado en su propia red de producciones metabólicas y de significantes, auto producción, pero también “referencia en las interacciones y por tanto la emergencia de un nuevo nivel de fenómenos: la constitución de significados”<sup>1170</sup> que requieren ser interpretados y ordenados en un lugar de producción de hermenéutica, donde se reúnen (y no unifican) la interacción de los individuos, donde en parte se funden pero nunca desaparecen, y cuando lo hacen, disolviéndose en entidades no diferenciadoras, como en el colectivismo maquinal-comunista o en el consumidor real-capitalista, provocan neurosis y angustia. Como lo señalan Deleuze y Guattari en *Mil Mesetas*, “no existe la máquina abstracta, ni máquinas abstractas que serían como Ideas platónicas, trascendentales, universales eternas”<sup>1171</sup>, donde la individuación del sujeto sea única y se disuelva. No hay un solo fundamento de fondo, una gran imagen que lo unifique todo, eso es contrario a una libertad de cuerpos y emociones que no se sustenta solo en la exclusión autoritaria de la alteridad (que nos constituye a todos en otro de otro) que es el fundamento del derecho real de propiedad.

---

<sup>1169</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Editorial Universitaria S.A. Santiago de Chile. 2008. Página 45.

<sup>1170</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. Op. cit. Página 45.

<sup>1171</sup> Deleuze, Gilles. Guattari, Felix. *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Pre-textos. Valencia. 2006. Página 519.

Lo que late en esta re-escrituración de una subjetividad que no sea ni moderna ni mucho menos liberal capitalista, **es la pregunta de cómo es posible combinar colectividad con individuación subjetiva, como reunir sin encarcelar el movimiento del devenir**; lo que requiere no olvidar que toda unidad requiere “posibilidad de distinguirse de un fondo y, por lo tanto, de otras unidades”<sup>1172</sup> para provocar una interacción no destructiva sino sustentable en su movilidad.

Tercero, si concebimos entonces la subjetividad no ya solo como una manifestación de una voluntad única que se expresa ora en la multiplicación instrumental del contrato, ora en la soberanía reunida en la institución, sino como un complejo permanente de acople de lo individual con lo colectivo, debemos en consecuencia plantearnos necesariamente al sujeto como un uno y un todo con continuidad pero también con transformación permanente de sí mismo. **Un sujeto no es lo dado sino lo que puede llegar a ser en su movimiento**, y en ese juego de interacción constante todos sus elementos nunca permanecen estáticos sino que permanentemente se reordenan y reconstituyen. Se trata en consecuencia la subjetividad de una permanente tarea de recombinación con las demás individualidades y con su entorno, los espacios existenciales ecológicos, geográficos, simbólicos y existenciales. Señala Guattari al respecto que “la subjetividad solo puede constituirse a través de una aprehensión de territorios existenciales que no son objetos claros y distintos, sino entidades que se aglomeran unas con otras, que mantienen relaciones de intensidad y de no distintividad”<sup>1173</sup> lo que provoca constantemente un efecto de recomposición, de traducciones de movimientos que provocan identidad y diferenciación constante y retroalimentantes.

Lo que esto tiene de práctico lo ha puesto en evidencia Milton Santos en sus estudios sobre sujetos, espacios y territorios, donde operan efectivamente en forma conjunta la universalización y las unicidades de las acciones. Las acciones sobre el territorio se constituyen por ejercicios de técnica, tiempo y vida, en que el tiempo no

---

<sup>1172</sup> Maturana, Humberto. Varela, Francisco. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Editorial Universitaria S.A. Santiago de Chile. 2008. Página 86.

<sup>1173</sup> Guattari, Felix. *El devenir de la subjetividad*. Dolmen Ediciones S.A. Santiago de Chile. 1998. Página 117-118.

es una realidad inmóvil y la distancia ya no es un factor de aislamiento sino modos de intervenir el espacio. En esa articulación móvil el sujeto se combina y recombina permanentemente, desarrollando sus capacidades de funcionamiento. Cuando la organización de las cosas pasa a ser un dato fundamental del hacer, el poder consiste en “la capacidad de una organización para controlar los recursos necesarios para el funcionamiento de otra organización”<sup>1174</sup>, y eso requiere una ductibilidad modal que implica permanente reorganización del propio sujeto sobre sí, sus capacidades y sus instrumentos.

**El sujeto no es una cuestión de norma, sino de acciones y estas no son una cuestión de imputación sino de pertinencia. El sujeto no es un punto de partida, es siempre un punto de llegada.**

Cuarto; esa individuación en movimiento de qué hablamos, su potencia, el devenir y la recombinación que asumen como modo de construir subjetividad no puede constituirse en una unidad de acción monolítica, única, institucional, estricta, como ha sido la del modelo piramidal de la modernidad jurídica, política y estatal. Esta otra subjetividad requiere una expresión distinta, una articulación de acciones que, de las formas organizacionales que conocemos, pareciera ser la conformación de redes, la conexión de interacciones de sentido, la reflexividad hermenéutica y práctica la que mejor asegura su posibilidad. La red, esa maraña articulada y articulable de interconexiones es posible expresar de forma a la vez puntual a la vez continua al sujeto en su modo de constitución dinámico.

Se trata, es cierto, de una modalidad más que de un paradigma<sup>1175</sup> pero que sin embargo al permitir una aproximación distinta a las formas de hacer social permite a su vez un radicalmente diferente, el que cambiar la mirada, el de ampliar los rangos de visión, de pensamiento, de encuentro. Contra el individualismo aislado y de contacto formal propio de la ontología subjetivista liberal, la inter y

---

<sup>1174</sup> Santos Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 228.

<sup>1175</sup> Como bien lo explican Boltanski y Chiapello, “La formación de redes más o menos extensa no es una realidad más novedosa que lo era en la actividad mercantil en la época en que Adam Smith escribía *La riqueza de las naciones*”. Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal. Madrid. 2002. Página 161.

multiconectividad permite generar relacionamientos provistos de una significación distinta. Frente al monismo de conciencia-voluntad- realidad-verdad del individuo “la red permite pensar los objetos entre la forma cristalizada, definida por las conexiones estables pero cerradas (representables en el concepto de estructuras), y el informe caótico, en el que ninguna conexión permite pasar de un elemento a otro varias veces por el mismo camino”<sup>1176</sup>, de manera que cada paso, por próximo que sea al anterior requiere de una producción de sentido por sí mismo y no simplemente una ontología estática y pre fijada del sí.

Recordemos que la antropología individualista es también un todo complejo, a pesar de su linealidad. Representaba – es cierto – una manera atomística de visualizar el origen de lo social y de llevarlo, en coherencia con ello, hasta las estructuras institucionales y soberanas mayores; y con ello generó toda una lógica de sentido único y de reforzamiento de una coherencia de unidad formal que provocarían, necesariamente un funcionamiento piramidal de las relaciones. “Mientras que la concepción tradicional hace de la completitud, de la coherencia formal y de la logicidad interna los corolarios básicos del orden jurídico, el sistema en forma de red destaca por la multiplicidad de reglas, por la variabilidad de fuentes, por la ausencia de jerarquías y por la provisionalidad de sus estructuras, que son casi siempre parciales, mutables y contingentes”<sup>1177</sup>, nos explica José Eduardo Faria; y si hemos establecido que el sujeto no es una identidad estática, una unidad de vida aislada sino un ser relacional y su historia ontológica –en el sentido de la biología del conocimiento<sup>1178</sup> - depende precisamente de cómo logre su acoplamiento estructural con el sistema en el cual se construye, precisamente en la forma como se constituya en esas relaciones resultará también su constitución de sujetos.

No es lo mismo actuar desde una posición de individuo aislado, donde los contactos dependen de la posición autárquica que la seguridad de la propiedad le confiere, de manera que cada tipo de relación es siempre concebida uno a uno y

---

<sup>1176</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. Op. cit. Página 221.

<sup>1177</sup> Faria, José Eduardo. *El Derecho en la economía globalizada*. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2001.

<sup>1178</sup> Al respecto puede verse Maturana, Humberto; Varela, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2007.



determinada por la posición de poder que la formalidad y la materialidad le otorgan, que construirse expuesto a una serie constante, permanente y cambiante de relaciones que deben rescribirse en cada uno de ellos, sin dejar de hacerse responsable por los anteriores, los colaterales y los próximos contactos, sin dejar de tener que estar atento a mutar en las formas de esa conectividad cada vez que los requisitos de la situación a producir lo requieran, abandonando si es preciso las posiciones formales de seguridad o disponiendo en beneficio de los terceros los intereses y posiciones de fuerza y jerarquía que se posean, renunciando a todo mando que no produzca un sentido de lo común. Esta alteridad de lo múltiple es incluso distinta a la descentralización o incluso al foquismo de las guerrillas que conocemos, que siempre poseen como fundamento último la unidad, de manera que todo se subordina a ese objetivo, afianzándose el sentido de deber e imputación por sobre el de libertad y recreación (otra cosa es su necesidad táctica), se trata de una organización de alteridad compleja y de encuentro múltiple en causalidad y finalidad concreta y contextual.

Oponer los modelos de organización centralizada y uniforme a la de una organización en red que “se basa en la pluralidad constante de sus elementos y redes de comunicación, de tal manera que no es posible la reducción a una estructura de mando centralizada y unificada”<sup>1179</sup> nos permite apreciar la diferencia entre una relación basada en la formalidad y la obligación y una basada en la espontaneidad y la responsabilidad interactiva.

Veamos a continuación entonces algunas de las características que la organización en red que nos permitan visualizar en qué consiste actuar y moverse dentro de esa lógica.

Milton Santos<sup>1180</sup> señala, para disipar las ambigüedades que el concepto de red pueda adoptar, que las redes tendrían las siguientes características:

---

<sup>1179</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*. Debolsillo Editorial. Barcelona. 2006. Página 111.

<sup>1180</sup> Santos Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Páginas 234 a 236.

1. Las redes son virtuales y a los mismos tiempos reales, es decir que puede adquirir realidad y hacerse históricamente válida cuando es utilizada en el proceso de la acción.
2. Son técnicas pero también sociales, instrumentales pero vivas, estructurales y funcionales a la vez.
3. Se encuentran animadas por flujos, de ideas, de acciones; son fluidas, constituidas en el movimiento. Son activas y no pasivas.
4. Incluye dinámicas próximo-locales como conexiones distantes. AL mismo tiempo globales y locales.
5. Su fundamentación, su unidad primera viene dada por el mundo, que es plural en sus formas de realización, es decir, de funcionalización e historización.
6. Se integran y desintegran, se reconstituyen, destruyen viejos recortes espaciales y crean otros.
7. Contienen en sí varios sistemas lógicos, la mezcla de varias racionalidades presidida por alguna pero integrada.
8. Al ser un híbrido, contienen en su hacer lo natural, lo social, lo global y lo local, integrando los cuatro extremos de su geografía.

Esto tiene importancia porque, con la organización global de la modernidad – la modernidad líquida en términos de Bauman- las organizaciones globales especialmente las corporaciones que han adoptado éste modelo relacional, funcionalizando esta forma en beneficio del capital y la acumulación, han provocado o hecho más que evidentes ciertas formas de relación vital que se encontraban presentes, se profundizan y encuentran en las comunidades reales de vida, cambiando de facto los presupuestos de la modernidad jurídica e industrial dura.

“La vida social ya no se presenta en forma de una serie de derechos y deberes con respecto a la comunidad familiar extensa, como ocurría en un mundo doméstico, ni en forma del trabajo asalariado inserto en un conjunto jerárquico cuyos escalafones es preciso escalar, donde se efectúa toda la carrera profesional y en el que la actividad profesional está claramente separada del ámbito privado, como ocurría en un mundo industrial. En un mundo reticular, la vida social se compone en lo sucesivo, de una multiplicación de encuentros y de conexiones temporales, pero reactivables, con grupos diversos, realizadas eventualmente a distancias sociales, profesionales, geográficas y culturales muy elevadas”<sup>1181</sup>.

De manera que si el ser es relacional, el cambio de relaciones y la forma de su ejecución deben ser tenidas en cuenta para su re-subjetivización en un sentido no moderno ni antropológicamente individualista, que por cierto, incide también en leerlo como no capitalista ni jurídicamente formal.

En esa condición del sujeto, debe notarse por cierto él como la ruptura de los límites de lo público y lo privado en un sentido de lo espacial familiar, como de lo privado y lo común en un sentido de la producción del proceso cultural de los sujetos, requieren una nueva subjetividad para reordenar la vida, otra forma de organizarse y de interactuar fuera de la lógica del bando, del mando o del contrato. Una descentralización de lo político que trae consigo una reubicación, una re-centralización de lo individual en lo colectivo por interconexión, por interpenetración y no por agregación.

Una característica en consecuencia es ésta de no operar con una lógica de centralización. Otra es la de marcar de forma no cerrada los espacios, de manera que los puntos de cierre son en verdad parámetros no perímetros. Como lo señalan Hardt y Negri esta otra característica de la red de socavar la estabilidad de los límites implica que en su contactabilidad, la propia red hace que su presencia o ausencias sea indeterminada, que “la red tiende a transformar cada frontera en un umbral”<sup>1182</sup> en que siempre todo se encuentra a punto de adquirir ubicación o de difuminarse, por lo que todo contacto es importante y su importancia se define por

---

<sup>1181</sup> Boltanski, Luc. Chiapello, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Akal. Madrid. 2002. Página 155.

<sup>1182</sup> Hardt, Michael. Negri, Antonio. *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*. Debolsillo Editorial. Barcelona. 2006. Página 81.

combinación de objetivo, cualidad y cantidad y no por posición de forma y jerarquía estable.

De ésta forma, frente a una imagen de individualidad como unidad es posible entonces oponer una individuación en pluralidad constante, que en su producción de esa totalidad resulta constituirse y hacerse en una relación de totalidad ecológica, caósmica, holística, en una articulación de contactos múltiples con tensión hacia la permanencia de lo reconstituíble.

Quinto. En esa subjetividad de lo movimental y lo fluido, el concepto del tiempo y la importancia de sus momentos adquiere a su vez una importancia decisiva, en una psicología no lineal del sujeto. Si el sujeto no es un individuo estático no lo es ni espacial, ni relacional ni temporalmente, ya no puede más ser un sujeto que vive lineal y sucesivamente sus momentos de manera separada, en que cada contacto con otro individuo se produce de manera aislada, en tiempos fragmentarios, en que todo reordena en un ayer asegurado y en un futuro meta en que se concretará la razón de su individualidad inicial. Como lo explica Deleuze citando a Boltzmann en su crítica al tiempo lineal, “la flecha del tiempo, yendo del pasado al futuro, solo valía en mundos o sistemas individuales y respecto de un presente determinado en tales sistemas”<sup>1183</sup>, pero que no admite totalidad en un mundo de plenitud en la conexión y en el entorno.

En efecto, si los contactos ínter subjetivos no son congelables en la forma, no pueden cosificarse en una cosa que idealmente va a completar la personalidad de los concurrentes, cada uno de ellos depende a su vez de dos cuestiones que se juegan en cada momento, esto es, de la intensidad del encuentro como único ahora de la posibilidad de la necesidad y la latente y a la vez permanente posibilidad de la reconexión. El tiempo se disuelve de la linealidad al instante, y cada momento “es la tentativa con vistas a la realización de una posibilidad. Esta posibilidad se da, se

---

<sup>1183</sup> Deleuze, Gilles. *Lógica del Sentido*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2005. Página 108. La cita de Ludwig Boltzmann, físico austriaco conocido por sus aportes a la mecánica estadística, que le sirve de referencia es la siguiente: “para el universo entero las dos direcciones del tiempo son pues imposibles de distinguir, así como en el espacio no hay arriba ni abajo (es decir altura ni profundidad)”.

descubre, y puede ser vivida como una totalidad, lo que significa realizarla y agotarla”<sup>1184</sup>.

En el paradigma antropológico de la modernidad, el de la historia y su fin, el del tiempo y el espacio como geometría, el sujeto fue construido como un tránsito entre el *ontos* individualista absoluto del en sí y su llegada al reino de la idea, el fin de la historia. En medio estaba solo destinado a la sucesión de encuentros parciales, que racionalizados, permiten la reproducción de esa sociedad parcial. Se trataba de una toma de decisiones previas en pos de un interés predefinido que solo asume como límite el tiempo de satisfacción de ese interés, que se agota en la medida que se satisface y que solo admite como responsabilidad las que surgen directa y causadamente de ese acuerdo y los que la ley le asigna por responsabilidades posteriores y también causales. Allí no existe principio de prevención ni de continuidad, el tracto sucesivo es solo una medida de cumplimiento del acto.

Una subjetividad de tiempo circular, permanente y de reconexión latente implica dos efectos claros, uno sobre la identidad del sujeto y otro sobre el tiempo, modo y oportunidad de las decisiones, de las acciones y de las responsabilidades. La identidad, en tanto atributo de origen, se transforma en libertad, que deviene en diferencia y encuentro, “la diferencia no entendida como identidad *otra*, sino como incesante movimiento de diferenciación, proceso siempre inacabado de singularización”<sup>1185</sup> y que en tanto tal alcanza siempre un carácter de autopoiesis que requiere de la alteridad como legitimidad propia y no de la formalización de ella como legitimación a posterior: cada contacto es un modo individual y colectivo de singularización a la vez, un estar allí pero eventualmente estar en todas partes donde la contactabilidad sea una posibilidad de acceso, y esa simultaneidad obliga a la responsabilidad holística de las conductas; cuestión difícil pero único proyecto no lineal de la subjetividad que lo aparte de la disyunción de sus mundos y de la esquizofrenia capturada por las formas de producción y apropiación de lo real que hemos conocido. Ese encuentro, que en el paradigma individualista tiene lugar no en

---

<sup>1184</sup> Santos Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Página 121.

<sup>1185</sup> Hopenhayn Martin. *Después del nihilismo. De Nietzsche a Foucault*. Editorial Andrés Bello. Barcelona, 1997. Página 259.

la formalidad sino en el territorio, donde “es la materialidad –objetos y cuerpos- la que termina siendo, en cada lugar, la única garantía. Así, el lugar encuentra, en su propio tejido, una *raison d’être*, un principio de equilibrio, aunque relativo y precario, pues ningún lugar vive en el aislamiento”<sup>1186</sup>, lo que retorna la singularidad y la responsabilidad a su entorno que es un sí mismo de permanencia y latencia relacional.

Pero a su vez esta subjetividad es un acto de razón de potencia y de responsabilización por ese acto mismo como por el momento de su ejecución, el instante donde se juega todo, momento y futuro, devenir y pasado, presente instantáneo del hacer inyectado y proyectado. Al hacerse el sujeto responsable de su decisión del momento, se hace responsable de la acción misma, de sus efectos, pero también de sus errores y sus reparaciones, ya que sujeto y verdad no son sinónimos, sino re-paso de las posibilidades y sus resultados. Como lo canta Zaratustra en su párrafo sobre de la visión y el enigma<sup>1187</sup>, al referirse a los caminos del atrás y el adelante, dos eternidades que convergen en el instante, hay que tomar la decisión de abrir la puerta o permanecer allí inmóvil. El tiempo es cierto, se vuelve un enigma: “Cada una de las cosas que pueden correr ¿no tendrá que haber recorrido ya alguna vez esa calle? Cada una de las cosas que pueden ocurrir, ¿no tendrá que haber ocurrido, haber sido hecha, haber transcurrido alguna vez?”<sup>1188</sup>. Pero a la vez vuelve a latir en ese tiempo que retorna la posibilidad de la reconexión, de la repetición de la acción social inter relacional: “¿Era esto la vida? ¡Bien! otra vez!”<sup>1189</sup>.

---

<sup>1186</sup> Santos Milton. *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000. Pagina 190.

<sup>1187</sup> Me refiero al segundo acápite de la tercera parte del libro *Así hablo Zaratustra*, de la visión y el enigma y la historia del enano sentado sobre un portón al que se le llama a decidir su apertura y continuidad o su permanencia allí.

<sup>1188</sup> Nietzsche, Friedrich. *Así habló Zaratustra*. Alianza Editorial. Madrid. 1997. Página 230.

<sup>1189</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. Página 229.

El sujeto como punto de llegada no es sin embargo un disparo de flecha, un punto al que arribar, sino el proceso mismo, el kairós de su hacer y estar: “el hombre es algo que debe ser superado, -que el hombre es un puente y no una meta”<sup>1190</sup>.

Sexto. Una re significación del sujeto implica también una revisión del estatuto del sujeto como expresión de la verdad y del tipo de conocimiento que permitía llegar a ella. En el pensamiento moderno, todo sujeto es sujeto de verdad, todo conocimiento, conocimiento del afuera, donde las bases conceptuales de ese posible conocimiento vienen dadas por la razón; toda acción es consecuencia de una sujeción a una moral de la premisa y no de la previsión. En la edad moderna, lo que da origen y acceso a la condición de sujeto es precisamente su posibilidad de acceso a la verdad por un lado, y su condición de libertad propietaria por otra; en su intermedio, la racionalización del acceso al aparato moderno que posibilita toda captura de la realidad, el Estado y últimamente, la duplicidad que éste genera en su co-dependencia con el Mercado, para definir los límites de inclusión en estos aparatos de ciudadanía<sup>1191</sup>.

Los dispositivos que han determinado quien es, desde cuando se adquiere la condición de sujeto, han sido hasta acá aparatos de verdad -o de certeza como la formalidad legal- y siempre referidos a requisitos de pertenencia definidos desde la heteronomía. Resulta una característica de la ciudadanía y la subjetividad moderna el hecho que, “lo que da acceso a la verdad, las condiciones según las cuales el sujeto puede tener acceso a ella, es el conocimiento y solo el conocimiento”<sup>1192</sup> nos

---

<sup>1190</sup> Nietzsche, Friedrich. Obra citada. Página 280.

<sup>1191</sup> Como señalé anteriormente en la modernidad la calidad de ciudadano siempre es un acto de atribución, de condición dada por el cumplimiento de parámetros de admisión dados externamente y de la autorización para su inclusión en el tráfico de relaciones que esa condición ciudadana determina. Como bien se sabe la definición de quien era ciudadano de un estado nación quedaba definido por su estatuto legal y el cumplir con los requisitos que ella señalaba (en la historia y hasta hace muy poco, lo que parece olvidarse, ser varón, poseer bienes, una edad, una nacionalidad legalizada, etc); en el mercado ello puede parecer más difuso pero cumple con las mismas circunstancias: su capacidad de inclusión depende de si se es capaz de convertirse en consumidor y de cual es su grado de relación con el mundo de las finanzas, su limpieza casi étnica respecto de ellas, de manera que no da igual ser un poseedor de Visa que de Visa Gold ni American Express. O peor aún, quedar definido como peligroso por sus informes comerciales de deuda como en la modernidad dura por sus antecedentes delictuales o políticos. Todo sujeto verdadero debe poseer un conocimiento de las leyes y las finanzas para ser considerado tal.

<sup>1192</sup> Foucault, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2001. Página 36.

señala Foucault, recordándonos además como esto queda marcado doblemente por las reglas de ese conocimiento y por las reglas de acceso a él, las reglas del método que dan acceso a ese conocimiento: “las condiciones de acceso del sujeto a la verdad se definen desde el interior de ese conocimiento... para tener acceso a la verdad es preciso haber estudiado, tener una formación, inscribirse dentro de cierto consenso científico”<sup>1193</sup>, o adscribir a él, o comprarlo. Nuevamente la cuestión se vuelve demasiado intrincada.

Es en ese problema de difícil respuesta y nunca bien explicado, el del estatus pero también el del lugar del sujeto en su entorno, es donde se juega la pregunta clave por el modo de la subjetividad. En efecto, la cuestión de cómo el sujeto puede a la vez conocer el mundo y aplicarle su dominio, en una perspectiva de amenidad a él, y a la vez como desempeñarse en ese lugar donde se manifiesta y experimenta su sí propio como un sujeto ético (léase práctico) de la verdad, la experiencia de si es lo que resulta entonces fundamental para definir uno u otro modo de subjetividad. Modernamente la respuesta es un solo movimiento, un solo tipo de ejercicio, el del conocimiento del logos como visión y misión del en sí subjetivo. En la larga historia de constitución del sujeto moderno late no sólo el destello moderno de la identidad en tanto individualidad diferente del orden pre moderno, sino además una larga tradición que incluye una larga ausencia de la subjetividad individual en las manos de un dios que controlaba su creación en un poder de dirección pastoral, hasta la inclusión en ella de formas de relacionamiento político y comercial que se tejían bajo ese poder y que, como mostramos lo denunció Sade, emergieron pero no rompían con la tradición del sometimiento. Y hay allí un rompimiento de la problemática original de cuál era la acción y no el acto de saber que le correspondía al sujeto en el mundo y no frente a él.

Recurramos nuevamente a Foucault para situar el tema. Frente al logos moderno que es la historia misma de la filosofía occidental se plantea la siguiente pregunta que puede servirnos de guía en el reencuentro del instante del sujeto, en su eterno retorno y no solo en su linealidad. “¿Cómo pudo suceder que se privilegiara tanto, se atribuyera tanto valor e intensidad al conócete a ti mismo y se

---

<sup>1193</sup> Foucault Michel. Op. cit. Páginas 36-37.



dejara de lado, al menos en la penumbra, esta noción de inquietud de sí que, de hecho, históricamente, cuando se consideran los documentos y los textos, parece haber enmarcado ante todo el principio del conócete a ti mismo y haber sido el soporte de todo un conjunto extremadamente rico y denso de nociones, prácticas, maneras de ser, formas de existencia, etcétera?”<sup>1194</sup>. A lo que podríamos plantear otra pregunta una vez que constatamos que el principio de apropiación ha sido otra característica de la modernidad y constitutiva de la subjetividad misma de la personalidad moderna: ¿A quién servía ese desplazamiento, esa despreocupación del sí en sus relaciones directas y cómo era posible obtener una situación de poder en ese desplazamiento?

Me parece que si el ejercicio del poder consistiría en guiar al pueblo primero, en someterlo a un orden luego y en constituir una sociedad de propietarios después, era necesario un ejercicio de quitar soberanía a los individuos, a sus comunidades, a las formaciones reticulares para otorgarse a otros sujetos que por expropiación, agregación y suplantación obtendrían el poder y al riqueza después, ya fuese el clero, la nobleza (que durante siglos fueron casi una misma cosa) y la clase burguesa después. Servía originalmente que ya nadie se ocupase de sí sino que dios se ocupase de todos, para manejar la llave de la salvación que legitimara el ejercicio del poder de dirección; servía que la nobleza compartiese y diese legitimidad a la presencia no solo espiritual de dios en la tierra, y a los nuevos propietarios para invertir ese orden y constituir un conocer la verdad para apropiarse de ella y de los bienes y riquezas que se generan. El pater familia paso de ser el orden mismo de la sociedad romana –que ya había comenzado ese desplazamiento de ejercicio del hacer al conocer en el organizar- a un reproductor del orden, como lo es en la filosofía hegeliana.

Por un lado la ley, como fundamento y como sustento del orden, aunque en verdad “la ley no es más que uno de los aspectos posibles de la tecnología del sujeto con respecto a si mismo”<sup>1195</sup> para constituir y encontrar su lugar en ese mundo ajeno que conoce. Por otro, la administración de los bienes, esa expresión

---

<sup>1194</sup> Foucault Michel. Op. cit. Página 30.

<sup>1195</sup> Foucault Michel. Op. cit. Página 119.

del pater que le permite estar en el mundo mediante un ejercicio externo de responsabilidad limitada, al de poseerlo y usarlo: “Cuando un buen padre de familia, un buen dueño de casa, un buen propietario se ocupa de sus bienes y riquezas, se preocupa por la prosperidad de sus posesiones, se ocupa de su familia, etcétera ¿podemos decir que se ocupa de sí mismo?”<sup>1196</sup> La de verdad no directamente, pero es un ejercicio necesario para olvidar la preocupación holística de sí y resolver por separación la relación con su entorno, los otros y su identidad misma que se juega en los encuentros. Es más fácil dominar cosas que a sí mismo, y es más fácil la cosificación de los demás que la alteridad: el insumo de la mano de obra se puede administrar y disponer, el otro como espejo del sí mismo implica otro tipo de decisiones.

El móvil es ciertamente un ejercicio de poder disfrazado de racionalidad, porque despojado de su mitología la conciencia que se despliega es en sí un ejercicio de voluntad de poder; que escinde al sujeto y lo separa de su entorno y de su preocupación por él, pero es un ejercicio de poder como respuesta. Porque si hemos dicho que debemos pasar del sujeto como conciencia a éste como potencia, lo que nos cabe analizar es entonces ese juego de relaciones, ese poder en ejercicio de estar y hacer. Pero implica nuevamente analizar otra subjetividad de manera relacional, porque “Más que analizar el poder desde el punto de vista de su racionalidad interna se trata de analizar las relaciones de poder a través del enfrentamiento de estrategias”<sup>1197</sup>.

Comparto con Foucault, y probablemente hay aquí una pregunta que en cierta forma latía ya en los anarquistas y libertarios del inicio de la política moderna, como hoy en muchos de los actores de oposición a los desafíos del capitalismo global: la cuestión de cómo resolver el problema de la modernidad que es el problema de la soberanía y al forma de uso de éste en y con el poder, y que se densifica como lugar político esencialmente en el Estado. Porque incluso autores que en algún momento han discrepado de ésta epistemología biopolítica, como Boaventura de Sousa

---

<sup>1196</sup> Foucault Michel. Op. cit. Página 72.

<sup>1197</sup> Foucault Michel. *Por que hay que estudiar el poder: la cuestión del sujeto*. En *Materiales de Sociología Crítica*. Varios Autores. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1986. Página 29.

Santos<sup>1198</sup>, quien ha señalado que en la modernidad el estado se ha aliado con el mercado en desmedro de la comunidad, estarían de acuerdo en que resolver hoy más que la forma y funciones del Estado es el lugar de éste en relación a los sujetos lo que debe definirse. Nos dice Foucault que “el problema a la vez político, ético, social y filosófico que se nos plantea hoy no consiste tanto en intentar liberar al individuo del estado y de sus instituciones, cuanto liberarnos a nosotros mismos del Estado y del tipo de individualización que este conlleva”<sup>1199</sup>. Se trata entonces de construir una nueva subjetividad que construya una nueva individualidad que no pierda ni entorno ni colectividad ni simultaneidad de contactos.

Es aquí donde la cuestión del ocúpate de ti mismo, que guió la reflexión pero sobre todo la pedagogía griega pre-aristotélica, y que fue desplazada paulatinamente, vuelve a ocupar una posición central en esta nueva subjetividad. Esa preocupación fue en verdad una ocupación, un hacer y un hacerse de profundo contenido político (como toda filosofía aunque se eluda la cuestión), toda vez que ese ocupación por una mismo era un requisito y un ejercicio de construcción de soberanía: nadie puede ocuparse de otros si no es capaz primero de ocuparse de sí mismo, nadie puede gobernar a otros sin gobernarse a sí mismo, y dejar que otros gobiernen las decisiones es una renuncia a la soberanía que toda subjetividad conlleva.

Si el sujeto es potencia, conexión, responsabilidad holística, instante volitivo que combina bio y zoe, su actividad es una subjetividad de potencia y de soberanía recuperada. No basta ya una definición de verdad de lo que el sujeto es, sino que más bien el motor de esa potencia radica en plantearse siempre la inquietud de sí, la inquietud de la condición de posibilidad de llegar a ser sujeto o solo ser un elemento para la administración de soberanía de otro que define su jerarquía y su poder mediante la apropiación en beneficio de su interés y como representación de sus miedos en la seguridad del fetiche. Esta subjetividad de la potencia, de su condición

---

<sup>1198</sup> Al respecto puede verse: De Sousa Santos, Boaventura. *El derecho y la comunidad: las transformaciones recientes de la naturaleza del poder del estado en los países capitalistas avanzados*. En *Estado, Derecho y luchas sociales*. ILSA. Bogotá. 1991.

<sup>1199</sup> Foucault Michel. *Por que hay que estudiar el poder: la cuestión del sujeto*. En *Materiales de Sociología Crítica*. Varios Autores. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1986. Página 36.

de posibilidad permanente, éste sujeto activo como punto de llegada implica el cuidado de sí como razón de su onto-bio-socio-logía. “El cuidado de sí siempre se refiere a un estado político y erótico activo”<sup>1200</sup>, en eso radica la subjetividad de la potencia, implicarse consigo y entorno sin disyunción, sin esquizofrenia social.

¿Como es posible esto? Retomemos ahora una cuestión metodológica que planeamos al principio de éste trabajo: lo que queremos que pase de alguna forma ya está pasando, se requiere constituirlo y exponerlo, hacer visible lo real y dotarlo de dirección, sentido y voluntad de poder. La subjetividad de la potencia no es nueva, como lo que señalamos sobre su conectividad en red, sino que ha sido desplazada y su lugar soberano ocupado por el signo artificial de la conciencia como logos.

Aparecen al respecto algunas pistas que debemos rescatar. Señalemos algunas cuestiones que hemos aprendido de la teoría de los movimientos sociales como ejercicios políticos diferentes al de la ciudadanía individual y que, en conjunto con las nociones filosóficas que he seguido nos permitan avizorar elementos de constitución de una subjetividad no moderna. Sobre todo porque se trata de experiencias concretas que demuestran que la subjetividad individualista propietaria no es ni la única posible ni la única existente.

Primero, los colectivos y sus luchas. Los movimientos sociales son siempre movimientos colectivos, “deben ser entendidos como sujetos colectivos transformadores, surgidos de diversos estratos sociales e integrantes de una política cotidiana práctica, con reducido grado de institucionalización, imbuidos de principios valorativos comunes y teniendo como objetivo la realización de las necesidades humanas fundamentales”<sup>1201</sup>.

Segundo. No se trata de movimientos momentáneos y poco estructurados, de reivindicación y de protesta, sino que “son aquellas estructuras sociales más

---

<sup>1200</sup> Foucault, Michel. *Tecnologías del Yo*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1995. Página 58.

<sup>1201</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Editorial MAD Limitada. Sevilla. 2006. Páginas 113-114.

permanentes y estables que corporizan una nueva forma de hacer política”<sup>1202</sup>, con nuevas características comunes como una lógica organizativa democrático-colectivista, identidad de objetivos, valores y formas de acción acordada, con voluntad, hacer y poder de asociatividad.

Tercero, en su gestionar de la práctica de soberanía desarrollan “prácticas no institucionales y auto sustentables, y en donde avanzan buscando afirmar identidades colectivas y promoviendo un locus democrático, descentralizado y participativo”<sup>1203</sup>.

Cuarto, su origen no es abstracto sino que su potencialidad depende a su vez del grado de insatisfacción de sus necesidades, y ello hace que sean “capaces de desafiar la racionalidad funcional-instrumental y romper con la colonización de la vida cotidiana”<sup>1204</sup>.

Quinto. Su conocimiento, su posicionamiento y su acceso al mundo es siempre concreto, de manera que dicen relación con “un espacio físico y un núcleo de actividades vitales, como el cuerpo, la salud y la identidad sexual, así como el derecho a la ciudad y a la buena vecindad, a la herencia y a la identidad cultural, étnica, nacional y lingüística; a las condiciones físicas de la vida y a la supervivencia de la humanidad en general”<sup>1205</sup>.

Sexto, su razón de ser es profundamente inclusiva y participativa, su autonomía no depende de las atribuciones de un poder soberano externo y heterónomo; en ello radica su poder y su legitimidad. “Lo que hace tan poderosos los movimientos verdaderamente populares es que, productos como son de una gran pasión unánime, arrastran a todo el mundo, a débiles y fuertes, a mujeres, niños, ancianos, muchachos y hombres maduros: la ausencia misma de todo orden formal

---

<sup>1202</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 126.

<sup>1203</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 128.

<sup>1204</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. Op. cit. Página 216.

<sup>1205</sup> Offe, Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Editorial Sistema. Madrid. 1988. Página 177.

y de toda regla artificial impuesta por una autoridad superior, hace posible esa participación de todas las edades y ambos sexos”<sup>1206</sup>.

De aquí que hoy podamos esbozar algunas afirmaciones iniciales para esta subjetividad no individual atomística, y que son un germen que en su movimiento debe constituirse e instituirse.

Una subjetividad de la potencia es entonces múltiple, holística, conectivista y conectada, que adquiere permanencia en su latencia, resultando del conjunto de sus acciones ser algo más que episodios, sino constante recurrencia a su acción y a su asociatividad, que se apropian de sí, que se desarrollan y ejercen en tanto es y está en movimiento, que se ocupa de sí y hace de ello un ejercicio de constitución de posición y de disposición, que retoma la soberanía de sí mismos para hacerla posibles en otros; y que en ese ejercicio de socialización colectiva e implicada lucha siempre por mantener a la vez que colectividad, participación e integración, su propia libertad e individualidad, nunca su disolución en un todo ficticio ni fetichista de la propiedad ni egoísta del interés, sino en la particularidad de su contexto, de sus necesidades y de su solidaridad.

Otra subjetividad en otro modo de ejercicio es posible, y ello nos interesa para el derecho por su posibilidad de desarrollo en una nueva cultura jurídica, prefigurada por el pluralismo jurídico definido como la convivencia de distintos proyectos, espacios y articulaciones de derecho en una perspectiva estratégica de consolidación de una nueva racionalidad participativa, democrática, colectiva, materialista y orientada a las necesidades humanas.

### **Sujetos en el derecho y de los derechos.**

Si la modernidad se caracterizó por la formación de una cultura de racionalidad formal e institucional que la determinó como modernidad jurídica, su

---

<sup>1206</sup> Bakunin, Mijail. *La libertad. Obras escogidas*. Agebe. Buenos Aires. 2005. Página 158.

resultado ideal fue el monismo jurídico, poderosamente centralizado, heterónomo, incluyente por vía de requisito, controlador de los flujos de los sujetos, límite de éstos dentro de su racionalidad, expresión de la conciencia como verdad y saber. Ese monismo no es solo epistemológico (ciencia igual verdad) e ideológico (derecho igual propiedad) sino también axiológico, en el sentido que todo el sistema jurídico está concebido a partir de la existencia y praxis de un solo tipo de sujeto, el individuo, que es en verdad individuo propietario, toda vez que el derecho personal es esencialmente el derecho de las cosas. Se trata de una concepción que pone a los sujetos no en relación entre ellos, sino entre ellos y las cosas; y por más, respecto de las instituciones, no dentro sino frente a ellas y bajo sus dictámenes, en una heteronomía de imperativos permanentes. De ésta forma, el sujeto todopoderoso de la modernidad queda en verdad segmentado, parcializado, reducido al uno y sus cosas, lo que es a la vez plenamente coherente con las bases paradigmáticas, pero paradójal respecto del protagonismo que le fue conferido: “la potencia del sujeto, que se despliega pensándose a sí mismo como universal, es al mismo tiempo su reducción en cuanto individuo particular a objeto de la representación; la capacidad de pensar la universalidad como abstracción, como orden construido, a partir de una concepción del hombre como individuo privado y aislado”.<sup>1207</sup>

Ese prisma impone un sesgo, la de concebir a la sociedad como agregación simple de unidades. Toda colectividad, toda comunidad, toda agregación de intereses, de necesidades y de formas de relación que no sea ésta base *uní-constitutiva* de lo jurídico es, no solo mirada con sospecha y tratada con vocación de transitoriedad y supresión, sino que en definitiva obviada a partir de la construcción de otras abstracciones aún más vacías que la noción de sujeto, que mediada en las cosas alcanza al menos algún tipo de materialidad en determinadas circunstancias. Las nociones de ciudadanía, es decir los pertenecientes a la ciudad como unidad de agregación sin delimitar, que posibilita unidad política<sup>1208</sup> pero no entidad jurídica; al igual que la expresión más actual de “Sociedad Civil”, ambas constituyen en

---

<sup>1207</sup> Barcellona Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Pág. 123.

<sup>1208</sup> Al respecto puede verse “Sennett Richard. *El declive del hombre público*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Especialmente el capítulo 10.

definitiva otra abstracción, valga el juego de palabras, aun más abstracta, que diluye todo acceso y ejercicio de derechos más allá del individuo.

Como lo indica Chantal Mouffe analizando la ciudadanía y el comunitarismos de origen liberal:

“Si bien es indudable que el liberalismo contribuyó a la formulación de la idea de una ciudadanía universal basada en la afirmación de que todos los individuos son libres e iguales por nacimiento, también es indudable que redujo a la ciudadanía a un mero status legal que establece los derechos que el individuo tiene frente al Estado”<sup>1209</sup>.

En ésta creación de la modernidad liberal, entre el sujeto individual como origen y fin de lo social y el Estado como guardián de esa libertad, todo intermediario que no sea una reproducción del mercado, acaba siendo decretada una ilusión, un banco de niebla en que se difuminan las necesidades, intereses y derechos colectivos, grupales, identitarios, comunitarios. De hecho, cuando se les hace un lugar a éstas denominaciones de agregación de individuos, dicen relación con fines y funcionalidades para esa lógica individual de reproducción del capital: lo que se denomina ciudadanía deviene en votantes y la sociedad civil en la externalización a privados de funciones estatales y en el privilegio de grupos intermedios que son, en verdad, empresas privadas.

Un nuevo derecho requiere repensar y re fundar estas nociones del sujeto jurídico, dando cabida a los sujetos colectivos, sus necesidades y sus potencialidades, además de repensar al propio sujeto individual más allá de su individualidad, potenciando y conectando su subjetividad. “La ínter subjetividad es condición para que el ser humano llegue a ser sujeto”<sup>1210</sup>, por lo que pensar en religar y construir no solo subjetividad individual sino esa ínter subjetividad que conecta, que vincula e identifica a los sujetos en la relación con los demás, en sus

---

<sup>1209</sup> Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós. Barcelona. 1999. Página 92.

<sup>1210</sup> Hinkelammert, Franz. *La vuelta del sujeto humano reprimido frente a la estrategia de la globalización*. El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclee de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000. Pág. 211.



necesidades pero también en sus responsabilidades comunes, es un desafío de todo proyecto de derecho que se pretenda distinto al proyecto liberal moderno.

La individuación atomizada y autista que se ha impuesto es la que produce esa paradoja del sujeto de que antes hable, toda vez que en definitiva la individuación abstracta deviene en anulación y disolución en una masa anónima, no vinculada por identidades, necesidades o responsabilidades colectivas que los vinculan a pesar de ser *extraños* entre ellos en el espacio social, sino en la lógica numérica del consumo construido sobre la manipulación de los deseos y las necesidades. Como lo señala el mismo Barcellona “La lógica de la cantidad, la prevalencia de los números, la carrera desenfrenada hacia la cantidad: ése es el mundo del consumo de masas. Pero como las cantidades no identifican, el sistema nos devuelve un individualismo débil”<sup>1211</sup>.

La construcción de individualidades capaces de potenciarse pero sobre todo de encontrarse y corresponsabilizarse fuera de los efectos exclusivamente patrimoniales deviene así en una base imprescindible de un nuevo derecho. **Ser extraño no es lo mismo que ser ajenos.** Una nueva antropología no individualista, aislada ni egoísta requiere volver a establecer el centro de la posición inicial de nuestra concepción antropológica, así como el lugar desde y hacia donde se tejen los nexos de encuentro social y políticos, y por lo mismo jurídicos. En la antropología liberal el punto de partida y de llegada es cada individuo, de manera absolutamente independiente entre sí, privilegiándose formas de relación que mantuviesen ese aislamiento, ese punto de contacto mínimo que no fuese invasivo de la autonomía; pero que al quedar reducido a un intercambio simple, binominal y desapegado, provocaba dos efectos que en definitiva determinan el uso que se da al derecho en la arquitectura social: por un lado esa libertad garantizada institucionalmente queda reservada a quienes poseen capacidad de pago con que sustentar su autonomía; segundo, las relaciones uno a uno determinan un sistema de integración y responsabilidades que queda delimitado en lo que en derecho civil se conoce como prestaciones mutuas, en que toda interdependencia implica cumplimiento o morosidad recíproca, sin importar las consecuencias para el entorno bio-psico-social.

---

<sup>1211</sup> Barcellona Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996. Pág. 134.

La construcción de una nueva antropología jurídica neo-paradigmática requiere pensar formas no de eliminar sino de mantener la subjetividad individual, pero colocándola en perspectiva de ínter subjetividad, lo que significa privilegiar espacios sociales y para ello instrumentos de conectividad jurídica que propendan a esa conexión. Espacios de identificación colectiva a pesar de la extrañitud, como las comunidades, los barrios, las localidades y lugares de construcción de satisfactores colectivos para necesidades colectivas deben ser privilegiados para la adquisición y distribución de bienes y servicios, para la definición de entornos de precaución y de responsabilidad.

Frente al principio de imputación simple de lo normativo, de interpelación individual de los sujetos y de adhesión a marcos cerrados de construcción y resolución de conflictos, hay que inventar nuevas reglas del juego de agregación simple y potencialidad colectiva, a la manera de las ya existentes acciones colectivas en materia de derechos del consumo por ejemplo, pero ampliándolas de la resolución a la prevención y adelantando también esos mecanismos al momento previo de suscripción del marco jurídico; o a la manera de la comunicación por Messenger (MSM) a través de Internet, que permite agregarse, a una misma vía de comunicación, de a uno, pero a su vez establecer redes de comunicación susceptibles de integrar desde uno más centros de acuerdo a los intereses y necesidades a enfrentar y construir mecanismos de interacción permanente. Se abre aquí un nuevo campo para pensar la regulación por interacción para los juristas, las instituciones y los resolutores procesales (jueces, árbitros, mediadores, comisiones de negociación y formulación de propuestas diferentes a las barajadas por las partes pero con integración de sus representantes, etc.).

Se trata de recuperar una potencialidad que el derecho alguna vez tuvo como integrador y articulador social y que hoy en la sociedad ciberespacial se establecen ejemplos posibles de adaptar a la sociedad real, aprovechando la calidad instrumental de lo jurídico a la manera de la Web. Cuando Martín Hopenhayn sostiene que “Resulta curioso que el mismo instrumento -Internet- pueda operar como soporte técnico del proceso de liberalización económica y como multiplicador

del capital social”<sup>1212</sup> podemos decir que ese rol ya lo tuvo el derecho, el que ha agotado sus formas, pero que puede aprender y aprehender de éste espacio para la reconstrucción de lo social comunitario.

Pero también se requiere pensar en otros sujetos jurídicos distintos al sujeto puramente individual, reconociéndolos, incentivándolos, privilegiándolos y levantando el régimen de sospecha y transitoriedad que las legislaciones liberales les han colocado. ¿Cuales podrían ser estos nuevos sujetos del derecho que requieren no más solo enfrentamiento y procesamiento de los conflictos que plantean, disminuyendo las tensiones al orden del capital, sino dotándolos de subjetividad jurídica?

Al contrario de lo que se nos ha dicho hasta ahora, **las colectividades no son difusas ni en sus identidades, ni en sus necesidades ni en sus intereses, sino que pueden identificarse con tanta o mayor nitidez que la abstracción formal del sujeto jurídico** (¿que diantre<sup>1213</sup> es un pater familia?). Como lo señaló Antonio Carlos Wolkmer, al referirse a sujetos colectivos se hace referencia a “aqueles estratos sociais participativos y geradores de produção jurídica, dando forma e priorizando o que se convencionou chamar “novos movimentos sociais” (ainda que não se reduza única e tão-somente aos mesmos)”<sup>1214</sup> y esos sujetos colectivos<sup>1215</sup> no son abstractos sino “entes” concretos, ubicables, determinables, reconocibles y articulables. Una comunidad étnica o socio-geográfica, una localidad, villorrio o poblado, un sector barrial, un grupo de identidad subjetiva (genero, jóvenes, varones, gay, vecinos de un barrio o localidad,<sup>1216</sup> etc.), un movimiento social son

---

<sup>1212</sup> Hopenhayn, Martín. *América Latina desigual y descentrada*. Buenos Aires. Grupo Editorial Norma. 2005. Pág. 119.

<sup>1213</sup> Uso la expresión en el sentido de sorpresa de la incógnita pero también en su acepción de demonio.

<sup>1214</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. Brasil. Editora Alfa-Omega. 1994. Pág. 210. El texto traducido señala: aquellos estratos participativos y generadores de producción jurídica, dando forma y priorizando lo que se ha convenido en llamar como “nuevos movimientos sociales” (aun cuando no se reducen únicamente a éstos).

<sup>1215</sup> Nuevos en tanto portadores de futuro y colectivos en cuanto rompen con la lógica del subjetivismo kantiano. Ver Wolkmer, Antonio Carlos. Obra citada. Pág. 211 y 212.

<sup>1216</sup> Al respecto pueden verse dos extraordinarios trabajos del español Tomás Villasante. Por un lado *Los vecinos en la calle : por una alternativa democrática a la ciudad de los monopolios*. Ediciones de la Torre, D.L. Madrid. 1976. O bien *Comunidades Locales. Análisis, movimientos sociales y alternativas*. Instituto de estudios de

grupos absolutamente determinados e incluso posibles de individualizar miembro a miembro, como ocurre con los Sindicatos en las negociaciones colectivas, en cuanto a sus delimitaciones, sus necesidades, sus requerimientos, sus formas internas de gestión, administración, toma de decisiones y resolución de conflictos. Existen suficientes ejemplos de antropología jurídica, étnica y de movimientos sociales que, escapando por su especificidad pero también por su tratamiento a éste trabajo, permiten dar razón de ello.

El problema entonces no es de existencia o verificación. Es cierto que éstos poseen una densidad y una complejidad de estructuración y tratamiento mayor que el sujeto individual, pero no por eso dejan de existir ni de actuar. La lógica con que se les acoge y trata hace la diferencia. No es lo mismo considerar que la sociedad es una suma de individuos con fronteras cerradas en defensa de su privacidad y de su propiedad, que pensarlo, o mejor dicho intuirlo y desplegarlo como un actor de fronteras abiertas, de alteridad compartida y en movimiento. Desde una perspectiva esencialmente política podemos decir que “Reconocer que toda definición de un nosotros implica la delimitación de una frontera y al designación de un ellos. Esa definición de un nosotros siempre tiene lugar, por lo tanto es un contexto de diversidad y conflicto”<sup>1217</sup>, que requiere ser asumido y no mistificado en una individualidad de racionalidades que evitan la conflictividad y la pluriversidad. En las reflexiones de una subjetividad jurídica de contacto, colectiva, potencial “Necesitamos hacer sitio al pluralismo de culturas, a las formas colectivas de vida y de los regímenes, así como al pluralismo de sujetos de elecciones individuales y de concepciones del bien”<sup>1218</sup>. Por esa convicción es que nos hemos ubicado en la línea del pluralismo jurídico como base de otro proceso cultural de juridicidad nueva.

---

administración local. Madrid. 1984. En ambos trabajos revisados para éste trabajo, Tomás Villasante, permanente estudioso de los movimientos vecinales y barriales de España, analiza la existencia de diversos movimientos asociados al que hacer local en que demuestra claramente como estas acciones locales adquieren clara identidad, objetivos y constitución, que no se trata de gente agrupada sino de organizaciones con objetivos y trabajo constante y permanente sobre sus espacios. Demuestra además como en la época franquista los vecinos, además de sus demandas políticas tenían en común numerosos temas locales de solución concreta

<sup>1217</sup> Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós. Barcelona. 1999. Página 121.

<sup>1218</sup> Mouffe, Chantal. Op. cit. Página 205.

Pensar la sociedad jurídica a la manera del pluralismo jurídico abre posibilidades para recuperar y potenciar el rol integrador del derecho en tanto instrumento. La cuestión no es de existencia sino de convencimiento epistémico y herramientas acordes, que requieren pensarlas desde una lógica del pluralismo y no del monismo. Para aumentar el grado de conocimiento de éstos y su determinación y forma de tratamiento y procesamiento de sus conflictos e intereses, es posible establecer campos de visualización para ellos, espacios de concentración espacial y simbólica y de delimitación de identidades, a la manera que pretende hacerlo la geografía humana o como lo hace Boaventura de Sousa Santos cuando elabora mapas de estructura-acción de las sociedades capitalistas a nivel mundial, reconociendo espacios sociales que van desde el espacio doméstico al espacio mundial<sup>1219</sup>. Las posibilidades de percibirlo, mirarlo, pensarlo e interactuar existen. Se requieren a su vez para ello pensadores de lo plural, herramientas para el pluralismo y operadores jurídicos ideológica y factualmente a su vez pluralistas.

Los cambios en las concepciones del derecho, de los sujetos y de la sociedad que hemos esbozado, traen consigo necesariamente la obligación de reconfigurar también las visiones acerca del Estado y reformular los principios básicos que orientan sus políticas. Esto es anterior al establecimiento de las estructuras administrativas y las normas legales, reglamentarias y estatutarias que constituyen y regulan el funcionamiento del Estado. A diferencia del Constitucionalismo Liberal que plantea al Estado con funciones y estructuras que parecen ser inamovibles y que comienza por definir formal y rígidamente los poderes públicos y sus subdivisiones se requiere trazar un sentido de dirección para ese tránsito institucional.

Para esa reformulación pienso por ejemplo en los siguientes:

1. Buscar la integración entre lo público y lo privado, entendido no solo como empresas o instituciones de mercado, entre administración y administrados, generando decisiones políticas que aumenten los espacios de afección entre la

---

<sup>1219</sup> Al respecto puede verse lo trabajado por Santos en “Estado Derecho y Luchas Sociales. ILSA. 1991” o en “Crítica de la Razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Desclée. 2000”.

comunidad y aparato estatal, lo que significa ampliar y crear espacios de participación efectiva para la comunidad.

2. Articular esos espacios de afección reordenando los conceptos de planificación, descentralización y desconcentración, generando espacios efectivos de participación también en la detección y planificación de los planes de desarrollo y de las futuras decisiones. La planificación y la desconcentración deben constituirse en mecanismos de implementación de una descentralización real, que implica transferencias de poder, competencias y recursos a las comunidades y a los propios sujetos.

3. El ejercicio de lo político en lo colectivo debe ser concebido como un proceso y no como un fin en sí mismo. La transferencia de recursos significan participación no cuando se establecen los canales y órganos, sino cuando se ejerce esa participación, cuando se reconstituye permanentemente ese espacio y ese momento.

4. Establecer como objetivo de la práctica administrativa no solo la eficiencia, sino también el ejercicio de una ética y una práctica del cuidado ajeno, de la precaución y de la responsabilidad en la elaboración, aplicación, ejercicio y evaluación de las decisiones.

5. Desarrollar mecanismos de control paralelos a la ejecución de esos procesos por los ciudadanos, y no solo ratificaciones ex-post a la creación administrativa, planificando desde un principio los momentos y espacios para ese control durante el proceso.

6. Restablecer los lugares de orden entre tecnocracia y político, anteponiendo las razones éticas a las técnicas, instaurando mecanismos de transparencia administrativa y de recuperación de la soberanía directa como complemento a la democracia representativa.

7. Limitar la perpetuación política, generando no solo rotación de los rostros sino que también limitaciones administrativo temporales de los funcionarios,

obligándolos a reintroducirse en las esferas del mercado laboral privado o público, así como establecer igual flujo de representantes en la ciudadanía, como una forma de hacer circular la experiencia a la par con la emergencia de actores nuevos.

8. Aprovechar los espacios regionales, comunales y locales para establecer políticas de integración entre la ciudadanía y el nivel institucional, transfiriendo prerrogativas a la comunidad, de manera de fomentar su identidad y un sentido de responsabilidad colectiva de las decisiones.

9. Establecer políticas y formas de hacer política que no solo busquen imponer decisiones sino crear escenarios de reordenamiento de los recursos sociales.

10. Poner en el centro de las decisiones políticas la reorganización de los derechos, recursos y bienes en una perspectiva de redistribución del poder social.

11. Generar procesamientos no solo del conflicto o de las experiencias positivas, sino además de los errores, de manera que los esfuerzos institucionales y colectivos no signifiquen una pérdida de la experiencia. El dotar a los cuerpos políticos y sociales de personas encargadas oficialmente de recopilar esa experiencia y convertirla en información para la toma de decisiones resulta una forma de establecer saberes paralelos a los técnicos, políticos y académicos y elevarlos a la par.

12. Desarrollar políticas permanentes de educación e información de las experiencias así como de las propuestas en ejecución, los avances reales de las políticas públicas, transformando a las acciones de información y transparencia en un eje central de la democracia gubernamental.

13. Transparentar y exponer públicamente toda información acerca de las relaciones financieras y de recursos entre sujetos sociales, sujetos privados y el estado, de manera que se produzca un control democrático de las finanzas públicas.

14. Desarrollar mensajes, acciones y planes programáticos destinados a generar un sentido común de reciprocidad democrática, buscando generalizar la propiedad y el acceso y control de los mercados.

15. Establecer un sistema constitucional de recepción inmediata de las cartas de derechos humanos internacionales y de las practicas comunitarias constatadas y establecidas, de manera de incorporar a la constitucionalidad y a la casación judicial los Derechos Humanos en toda su extensión, generados en cualesquiera de los espacios de producción jurídica como criterios de interpretación y reproducción de sistemas de derechos materiales y finalistas.

Lo anterior puede sonar abstracto, pero no lo es. En definir bases y principios de carácter colectivos y que abran espacios para construir instrumentales, parámetros, reglas e interacciones a las formas individuales y colectivas es la otra cara de la construcción de sujetos de identidad plural y de acción reticular y potencial. Reapropiarse de la soberanía implica redefinir para esta nueva subjetividad de derechos todos los espacios que conocemos pueden ser ocupados y reconstituidos. No puede olvidarse que e definir políticas y líneas de acción, desde la institucionalidad o desde la sociedad civil, requiere tener un marco teórico que señale el rumbo para el mediano y largo plazo, y no solo aplicar métodos, instrumentos o adaptaciones de experiencias descontextualizadas de los proyectos conceptuales que ayudaron a crearlas. De hecho ese ha sido el camino del Estado liberal durante la modernidad: construirse en base a los lineamientos teóricos que sus mentores plantearon, reformularon y reconstruyeron, hasta llegar al Estado Neoliberal, una suerte de no estado relativo. Ese defecto de aplicación, de vacío de sustento teórico real ha ocurrido, por ejemplo, con estrategias de educación jurídica para la población sin criticar el modelo formalista de solución reduccionista de lo legal, generando a la larga expectativas y una desformalización sin sustento de cambio; o la aplicación parcial de mecanismos alternativos de solución de conflictos sin cautelar la ejecución de sus soluciones en el resto del contexto jurisdiccional.

La construcción de un nuevo tipo de sujeto jurídico incluye al estado y lo traspasa, definiéndolo más que como un modelo, como un espacio para imaginar



políticas públicas transversales de plena participación y no solo de eficiencia econométrica y financiera, que permitan actuar en los distintos niveles que al final incidirán en el desarrollo jurídico de la sociedad.

Podrán argumentarse las insuficiencias de definir principios y no formular un modelo alternativo, sin embargo me parece que precisamente en esa pretensión y exigencia de totalidad de reemplazo está la trampa de conservar un modelo en tanto no exista otro que lo sustituya. Los procesos sociales, independiente de su escala, son precisamente eso, procesos, experiencias de avance y retroceso de esquematización, esbozo y relleno de la superficie a colorear. La propia historia del Estado Liberal es una muestra de ello. Sin embargo bien se sabe que todos los procesos requieren de formulación y corrección y que un avance parcial sumado a otro provocan en verdad una mutación de estadio que es preciso volver a revisar. La puesta en movimiento de nuevos instrumentos provocará un proceso de mutación, transformación, adaptación y sinergia que, contemplando un sentido de auto-producción y reproducción permitirán avanzar.

Construir un nuevo modelo y momento del estado y de su derecho en consonancia con una nueva juridicidad implica por cierto incrementar la presencia del estado, hoy disminuida, en conjunto con el espacio de la comunidad, restringiendo, disminuyendo y controlando el espacio del mercado, pero sobre todo abrirlo efectivamente a la comunidad real y concreta, incluyendo esta subjetividad de la potencia. A diferencia del modelo moderno que separa estado y comunidad, permitiendo solo la alianza de uno u otro con el mercado, lo que casi nunca ocurre hacia el lado comunitario por la contraposición de lógicas de principio, contenido y llegada que esas esferas conllevan<sup>1220</sup>, un otro proyecto de subjetividad política y jurídica implica desarmar ese aparato de disyunción de estado y sociedad civil construyendo instrumentales técnicos, retóricos, interpretativos, de intervención y de

---

<sup>1220</sup> Me parece que esta es una explicación a las dificultades del movimiento cooperativo para subsistir en la economía global neoliberal, que puede aceptar a las cooperativas temporalmente en su funcionamiento económico, hasta que llega el momento de distribuir las utilidades y beneficios, que en la economía financiera son siempre de apropiación y reproducción maximizada del sistema, en cambio en las cooperativas requiere reinversión, distribución sustentable y reprogramación del lugar comunitario. Allí pugnan las lógicas de sentido y terminan constituyendo una dificultad de acople entre ambas y de subsistencia, desenvolvimiento y desarrollo para las organizaciones económicas comunitarias y colectivas.

permisividad que haga transversal y participativo el espacio de lo público. La actividad del Estado y de la Comunidad, potenciando ambos los puntos de afectación entre éstos y en relación con el mercado provocará sin duda un nuevo estado y una forma distinta de interpenetración.

Hasta ahora el Estado se legitimó a sí mismo y a su juridicidad por la primacía de la institucionalidad y la legitimidad formal sumada a la amenaza y al uso de la fuerza. De ésta forma lo que hemos entendido hasta ahora por Estado de derecho no es más que una abstracción formal que olvida las diferencias materiales, tanto para disminuirlas como para vehiculizarlas en un sentido de integración y no de disolución de las comunidades, las colectividades y los sujetos contruidos más allá del individuo propietario.

El desafío entonces es, conservando los sentidos y tradiciones de libertad del estado de derecho, construir un nuevo modelo paradigmático pluralista y participativo que, apuntando a la materialidad, se constituya en un **Estado de Derechos**.

Un estado de derechos en una sociedad en movimiento y, por lo tanto, expuesta al conflicto. La idea de la preexistencia de un estado de paz social eterna y de tranquilidad productiva es errónea y falsa. El liberalismo que originó los sistemas de derecho presupone que la sociedad es un estadio de tranquilidad, y que todo aquello que se sale, atenta o discute el orden consagrado en la ley, encierra una suerte de criminalidad. Para el liberalismo y su legitimación formal conservadora, la contradicción es entre gobernabilidad versus ingobernabilidad, y por lo tanto el Estado de Derecho es derecho formal de iguales abstractos pero siempre en cuanto se adapten y funcionen dentro de la formalidad que les es propuesta como fundamento de lo social, en que la subjetividad particular individual y sobre todo colectiva es negada. Los derechos políticos de igualdad y respeto formal resultan una abstracción sin una sociedad política real y en movimiento. Hasta ahora los reclamos, movilizaciones y conflictos son mirados como subversivos y disfuncionales, por lo que frente a ellos se reacciona atomizando el conflicto, tecnificando sus decisiones apelando a legitimidades formales, reprimiendo lo que se

escape de ellas y excluyendo a sus partícipes, cuando en verdad esos conflictos son la expresión de la materialidad social y de la necesidad de construir derechos más allá de las legislaciones formales de manera que estos deban ser resueltos y no disueltos, re-unidos y no atomizados, eticidados y no disueltos en la tecnocracia de las decisiones, integrados y no excluidos o recludos.

Esa construcción requiere actuar desde los dos extremos, desde la sociedad como desde el Estado, desde la formalidad y desde la materialidad para la construcción de este paradigma jurídico que he denominado Estado de Derechos. Advierto que me interesa principalmente el espacio político de la sociedad civil como constructor de democracia, toda vez que la construcción de un nuevo tipo de Estado vinculado a su comunidad requiere precisamente repoblar ese espacio que el neoliberalismo se ha encargado de dejar vacío. La discusión no es, a mi juicio, cuanto Estado, o si se prefiere más o menos fuerte, más o menos regulador. **La esencia de la discusión es si existe una sociedad civil, una población, capaz de integrarse con el Estado, de hacer operar sus facultades y de expandir sus límites, adquiriendo lógicas distintas a las del capital y la formalidad.**

Para ello, generar un sentido común de la necesidad de la existencia de entes colectivos e instancias comunitarias vuelve a ser esencial. A partir de la experiencia que nos deja el estudio de los Movimientos Sociales y de los sentidos comunes de la comunidad y colectividad, es imprescindible asumir que de ello es instrumentalmente posible de usar para reordenar las perspectivas de lo jurídico. La práctica ha enseñado que ellos operan en una perspectiva diferente a la del liberalismo y de su sucesor brutal, la sociedad neoliberal. Los Movimientos Sociales asumen el conflicto como una parte natural de su existencia, no solo como un problema a resolver sino como una posibilidad de constituirse, expresarse y redefinir su situación, haciendo uso de la totalidad de recursos a que es posible echar mano: negociación/presión, legalidad/ilegalidad, argumentación/fuerza, etc. Al revés de la lógica liberal que atomiza, tecnifica, reprime y excluye, la lógica de construcción de ciudadanía de los Movimientos Sociales colectiviza el conflicto, lo ideologiza para descubrir su calidad y potenciarla argumentativamente en su favor, negocia su solución y no se atiene solo a soluciones formales pre-escritas, y sobre todo integra a sus miembros a la discusión, decisión y construcción de la solución.

La juridicidad de la potencia, materialista y finalista se obliga a recoger esa experiencia, a re situarla y a construir instrumentos y herramientas de uso e intercambio, terminando con la estupidez administrativista o positivista de la reducción del derecho a la norma, del estado de derecho al orden y/o a un entorno de interpretación semi abierta apenas distinto en su modo pero no en su método y contenido. Las propuestas neo-positivistas o neorrealistas de producción de reformas de semi-formalidad para los procesos y los resultados del derecho prontamente son reabsorbidos hacia la inercia monista y reglamentaria. Se requiere ampliar el horizonte de mirada y colocar el espacio de la reforma en una partición circunstancial del tiempo jurídico, no en su línea permanente de trabajo. Las necesidades materiales y relacionales de la comunidad y su entorno biológico no pueden ser el fondo de pago de la falta de creatividad de los juristas.

Esto implica re conceptualizar igualmente la democracia, adoptando como indicador/verificador de su implementación no solo las descripciones formales o las activaciones electorales, sino esencialmente el parámetro participación. Para los estados ya sea de tipo liberal o de bienestar, la participación consistía en una cierta forma de adscripción territorial (nación/territorio), en un método de transferencia de la soberanía a representantes políticos (democracia censitaria o electoral) y en la constitución de grupos susceptibles de intervención o protección. Ello llevó a un falseamiento de la identidad misma del concepto de participación, confundiéndola, no solo desde lo institucional, sino también desde los actores sociales, con organización, opinión o movilización como medio de presión. El verdadero significado de la participación está dado sin embargo por la capacidad de estar y de resolver, como forma de inclusión de los individuos en lo colectivo para la elaboración de una ecología circular de lo social. En mayor o menor alcance, **participación es sinónimo de decisión.**

Superar la noción liberal implica reconocer que la sociedad es más bien lo contrario, un escenario permanente de intereses contrapuestos o, a lo menos, no todos coincidentes; reconocer que en ella existen desequilibrios de clase, género, etnia o cultura que operan sobre la base de desigualdades reales que no se superan sobre la lógica del mercado, y que por una diferenciación cada vez mayor entre el

tiempo real de la economía y el tiempo jurídico de la democracia no pueden dejarse para su resolución a una lógica que no es, como manipuladoramente se repite, el juego positivo de la oferta y la demanda, sino que una lógica de apropiación y acumulación. Cada uno de esos momentos, espacios e identidades requiere ser asumidos como potencialidades y por lo tanto establecidos sobre la base de un **derecho de derechos y un derecho a los derechos** que se constituyen en el bien jurídico que, junto con la satisfacción de las necesidades humanas orientan el debate jurídico.

### **Para-epilogo.**

Solo entonces será posible hablar de un sujeto jurídico que no esté sentado sobre el vacío de una racionalidad fuera del mundo, sino en él y responsable de él. El sujeto de derecho lo era en verdad sujeto de institucionalidad no sujeto de soberanía. Un nuevo sujeto de derecho que incida en su cotidianeidad y que se ocupe de sí mismo en un ejercicio de comunidad está llamado a reconstruirse permanentemente, a conectarse permanentemente, a decidir sobre su presente con responsabilidad y precaución de futuro, a conectar su identidad, sus tiempos sus relaciones a la potencia de su condición, a su condición de posibilidad; más allá de la norma y de quienes asumen temporalmente la dirección de las decisiones. A eso está llamado, al retorno de la soberanía y de la potencia. Si no lo logra, la crisis de legitimidad y de sustentabilidad eco-sistémica, bio-diversa, económica, social y de sentido que vive la globalidad capitalista del siglo veintiuno lo envolverá una vez más como una forma y no como un ejercicio, como una sustancia y no como una potencia.

De allí que, al igual que hemos sostenido respecto de la subjetividad, de la institucionalidad, del estado, de la política y de la filosofía misma, con el ocaso del sujeto racionalmente consciente, que conoce, explica y propone desde fuera del fenómeno, una apuesta por la transducción potente de las estructuras y la ratio moderna requiere un salto cualitativo mayor. No se trata solo de imaginar un nuevo sujeto conceptualmente distinto ni de modificar el estado y/o las relaciones sociales o, en nuestra particularidad, de hacer crítica del derecho para su reforma, aunque

ello vaya implícito a la velocidad que la relación de lo jurídico con las estructuras materiales lo permita y lo provoque a su vez.

En lo sucesivo, si queremos hablar de un derecho que supere los límites que la construcción moderna le impuso a la sociedad, a los sujetos, a la relación con el mundo y a el mismo como forma de esas relaciones, se requerirá no solo de mayor claridad y calidad en la crítica jurídica, sino pensar cómo es posible otro derecho.



## PENSAR OTRO DERECHO.

“Y sal ahí,  
a defender el pan y la alegría,  
y sal ahí,  
para que sepan  
que  
esta boca es mía”

**Joaquín Sabina.**

“soy parcial  
de esto no cabe duda  
más aún yo diría que un parcial irrescatable  
ya que por más esfuerzos que haga  
nunca podré llegar a ser neutral”

**Mario Benedetti.**

### Entorno, afirmaciones y supuestos.

A lo largo de este trabajo se ha intentado señalar y apereibir al derecho occidental, tanto en sus formas generales respecto de sus fundamentos teóricos como también de su ratio, su método, sus fines y funciones, sus fuentes, así como sus objetivos a la vez que epistémicos abiertamente políticos y económicos; exponiéndolo no solo en su perspectiva normativa o declarativa, en su desarrollo estrictamente disciplinario –aunque también hemos avistado esa perspectiva - sino más bien mostrándolo como parte de una serie de movimientos simultáneos y confluentes que constituyen un proceso mayor, el de la modernidad occidental, blanca, global y en definitiva hegemoníicamente capitalista. En éste intento hemos desplegado una serie de discursos filosóficos, epistemológicos, políticos a la vez que jurídicos que buscaban, integradamente, mostrar su contenido y su continente, sintetizar sus aportes a los proyectos en que se hizo uso de la forma jurídica y exponiendo sus límites para un proyecto emancipador no moderno, propietario ni capitalista.



Señalamos que el trasfondo de la discusión jurídica se encontraba, en verdad, en la cuestión epistemológica y la concepción de la realidad, del acceso al mundo, de la interacción con y sobre éste, del papel en ésta tarea del conocimiento, de la técnica, de las disciplinas. La pregunta por la realidad resultó así central para comenzar una discusión sobre el derecho, ya que la concepción que de ella se tenga determinará a su vez la percepción de los hechos, las relaciones, los objetivos, y con ello la forma de organizar las prácticas que sobre ella se desarrollan. La filosofía moderna construida sobre el método cartesiano determinó una perspectiva binaria de concebir la realidad, lo que implica la existencia de dos mundos en relación de subordinación, uno ininteligible cognoscible solo por la razón y otro sensorial que era necesario escudriñar a la luz de los conceptos de la razón para determinar su mensurabilidad y efectividad en ella. Desde el punto de vista de la ciencia se determinó así una separación de sujeto y objeto en el estudio; en el campo de la moral una diferenciación entre la normatividad y la conducta; en el de la política una separación entre soberano y súbdito; en la epistemología y la psicología una desavenencia entre objetividad y subjetividad, razón y emoción; en economía entre capital y trabajo; en el derecho una marcada diferenciación entre legalidad e ilegalidad. Se trata de un proyecto total sobre la realidad que implicaba una promesa de liberación y de seguridad sobre el mundo mediante su apropiación y dominio.

Por otro lado sostuve que en todo ese proceso el derecho ocupa un lugar capital como instrumento de vinculación entre los sujetos, como fuente simbólica de las representaciones sociales y como estructura de reproducción del orden social establecido. Le correspondió al derecho la función de producir un orden colectivo a partir de la reunión de los individuos aislados en la abstracción del bien común, como orden legal; lo que permite sin duda definir a la modernidad como una racionalidad jurídica. Mediante esa designación del lugar del sujeto dentro de un orden racionalizado del mundo, se obtuvo la conjunción de sujeto cognitivo y sujeto jurídico, y con ello del dominio práctico de un mundo - el de la razón - sobre otro, el sensitivo. La modernidad fue así una promesa dual de apropiación y separación del mundo, realizada técnica e instrumentalmente por la ciencia.

En ese sentido, si la mirada paradigmática sobre el mundo resulta fundamental en la determinación de las prácticas sobre éste, resolver los problemas

que los mecanismos modernos han provocado sobre ese mismo mundo requiere replantearse la forma de conocer, comprender y actuar sobre los procesos culturales y naturales en que los sujetos vivos, biológica y socialmente interactuantes se desenvuelven. Frente al paradigma disyuntivo de lo abstracto se hace necesaria una reapropiación del estar, del hacer y del conocer de carácter materialista, en el sentido de estar en lo real para producir desde allí ese proceso cultural de estar, hacer y discernir.

¿Cómo pensar y hacer de otro modo? Así como el proyecto moderno desarrolló su método de acción, el cartesianismo, la condición de posibilidad de un paradigma distinto requiere a su vez un método propio, de disyuntivo sino acumulativo, comprensivo, integrativo. Se propuso así desarrollar cinco pasos que permitieran una comprensión material del mundo, un desarrollo de procesos culturales a partir de esa realidad material y una reapropiación del propio hacer sobre el mundo. Frente a la ceguera de percepción-comprensión-acción se señaló como necesario un ejercicio de hacer visible lo real, cambiar la mirada sobre la realidad, pensar de otro modo sus relaciones, cambiar la emocionalidad en el conocer, el hacer y el estar y finalmente cambiar la interacción entre sujetos y de estos con los demás elementos de la realidad, de manera de construir una nueva formulación social que haga posible superar la antropología individualista moderna, de reordenar ese quehacer en la perspectiva de la satisfacción de las necesidades humanas con primacía de la esfera de la comunidad por sobre las del estado y del mercado. Adoptar otras metodologías de conocer-hacer redundaría sobre la propia práctica del derecho, sus metodologías disciplinares específicas, estresando sus límites de práctica reductora de la realidad como mecanismo de simplificación y acción, donde todos los esfuerzos críticos, al ser practicados dentro de un mismo método y orden discursivos terminan siendo todos cosificados en la ontología de la dogmática jurídica. La construcción de otra metodología jurídica obliga a un devenir inverso, en vez de reducir ampliar la mirada y la comprensión de que es lo jurídico y que es lo que abarca y puede abarcar, y que resulta necesario para ello. De ésta forma hacer visible lo real implica conocer y comprender la realidad material antes que los conceptos, cambiar la mirada implica pasar de la norma y los estatutos a los conflictos que movilizan el derecho, pensar de otro modo supone colocar en el centro de las decisiones las necesidades humanas y no la imputación jurídica. Con

ello se requiere cambiar la emocionalidad practicando todos los derechos como derechos humanos en tanto productos culturales y no naturalezas inamovibles, cambiando la relación de los sujetos desde la obediencia y sumisión hacia a la participación en las decisiones.

Esa complejidad de análisis y bases de una propuesta requiere comprender el fenómeno jurídico en su totalidad histórica (y por tanto cultural y política) como en su doctrina.

Así, en primer lugar, se expuso la ineludible conexión que existe entre la formación del Estado moderno y al formación del derecho que de allí emana. El punto es que el Estado Nación ha sido la dimensión espacio temporal del derecho durante los últimos siglos, de manera que el derecho moderno es un producto co-producido con el surgimiento del estado nación, a su vez, motor y resultado del surgimiento del capitalismo como modo de producción. Se trató esta evolución de un movimiento histórico complejo, integrado y recursivo, a pesar de sus disparidades geopolíticas. El estado y con él el derecho que engendra, traen consigo los valores de la soberanía nacional, de la juridicidad del orden y del capitalismo en desarrollo: la de un proyecto de soberanía de control sobre territorio, recursos y comunidades, éstos no como espacios concretos sino por arriba en su conceptualización como nación y por abajo comprensivamente desmembradas a agregaciones de individuos. Este nuevo modelo de Estado, que se origina sobre la misma matriz doctrinaria autoritaria del antiguo régimen, reorganiza sus prerrogativas racionalizándolas en forma de ley, condensando en la administración el momento político de las sociedades y asumiendo el control de sus territorios, recursos y poblaciones. Si bien es cierto se trata de una racionalidad no absolutista, el estado de derecho entraña orden, regulación y establece como característica esencial de la soberanía estatal la dominación sobre sus súbditos. Esa formulación surgida en la tensión de la liberación de las clases, especialmente de la burguesía, respecto del poder soberano feudal, instaló en ella los valores de ésta nueva clase dirigente del proceso político y de su modo de producción, el capitalismo. Por un lado poder impersonal de dominación, por otro orden público de esa economía de apropiación e intercambio. A pesar de los cambios de disminución del tamaño del estado que la globalización neoliberal ha provocado, estas características no han desaparecido: la dominación y

el rol gendarme del estado se han mantenido e incluso incrementado con la disminución de la intervención económica positiva del aparato estatal; y pese al históricamente acotado proceso de las sociedades comunistas orientales, las economías financiera y mercantil de acumulación privada se han profundizado en desplazamiento y desmedro de las comunidades humanas.

De ésta forma el Estado fue no solo un paso más en un desarrollo de instituciones sino un aparato surgido para, a la vez, dominar, legitimar y mediar los conflictos. De este tipo de organización política no podía nacer sino un derecho monista, centralizado, jerárquico, formal, patrimonialista y de orden y control; un derecho como técnica de control a la vez que un juego de conceptos marcados por la elaboración formal de lo normativo, que incluye soluciones de exclusión de opciones en base a lo que se ajusta a su imperativo o lo que se aparta de él, manteniendo así el principio de disyunción. Se trata un instrumento que determina la verdad, que establece una división racional entre verdad real y procesal y que tiende a la unanimidad de sus resoluciones. Se establece como valor central de éste nuevo orden el de la certeza jurídica, como principio el de la imputación de conductas y una noción que las reúne en la formalidad jurídica, centralizando la producción de lo jurídico. Exterioridad, bilateralidad, imperatividad y coactividad señalarán los límites de lo permitido públicamente, y los valores liberales se reproducirán en el marco privado mediante la forma contractual. Serán estos mismos derroteros los que marcarán la teoría jurídica de la modernidad occidental, en la cohabitación de racionalismo y positivismo, de subjetividad individual con fundamentos iusnaturalistas; de aplicación particular con universalidad del mandato. De ésta forma, la dogmática como método, la glosa como técnica y el decisionismo del sentenciador se convertían en curso natural de la ratio jurídica y con ello el pensamiento abstracto se apoderó también del espacio jurídico de la sociedad.

De lo anterior puede derivarse fácilmente como las funciones que se atribuyen al derecho no pueden ser otras sino las funciones necesarias para ese tipo Estado, dentro de ese contexto político y económico que hemos descrito: orientar y promover los comportamientos deseables, distribuir a los miembros del todo social su lugar en el flujo de recursos, organizar y legitimar el poder social, el poder y la violencia, crear la función pública, cuidar de la reproducción del derecho. También, es cierto, para

los menos, promover y producir la transformación y el cambio social. Esa descripción de funcionalidades resulta plenamente coincidente con la teoría de producción de un derecho monista de origen exclusivamente estatal o en que, al menos éste –el estado- es quien determina la legalidad y legitimidad de las organizaciones y sus normativas. En el derecho moderno la ley equivale al argumento de verdad, la *adjudicatio* es la forma de su accionar, el derecho es de una conceptualización abstracta, formalizando las interacciones, profesionalizando su discurso disciplinar, estableciendo jerarquías; con ello se reduce a su mínimo todas aquellas otras formulaciones en contrario, donde pueda primar la racionalidad retórica, la mediación, la participación, el acento en lo cotidiano, una des-estandarización de la norma, la informatización de los procesos. De ésta forma, todo el campo fuera de la dogmática legitimada política y doctrinariamente queda subsumido, desplazado, subordinado. Y sin embargo si se considera que lo jurídico no es sino la forma de lo político, las funciones y fuentes que mencionamos se ordenan bajo los fines que a un determinado modelo de estado y de derecho le es conveniente: los valores, jerarquías y disposición del derecho deviene en los valores y jerarquías de la sociedad que fomenta. El paradigma jurídico moderno queda constituido de manera monista, en una lógica binaria, abstracto y epistemológicamente reduccionista, ideológicamente liberal, individualista, patrimonialista, formal, lineal progresivo, de soberanía mediatizada, jerarquizado, procesalista, patriarcal y culturalmente excluyente.

Pensar un derecho distinto requiere –dijimos- un verdadero desamparo de la cultura jurídica moderna, para elaborar un derecho abierto, complejo, plural, integrador; de corte materialista y finalista, en una inversión de los valores individuales dominantes, un uso del lenguaje informatizado a la vez que tópico retórico, que amplíe los espacios, tiempos sujetos y fines del derecho hacia un emplazamiento colectivo. Interpretativamente se trata de pasar de un derecho perimetral, que nos cerca y encierra a uno parametral, de fronteras abiertas en un tránsito determinado por la satisfacción de las necesidades humanas.

Trabajar para esa apertura y recreación de la cultura jurídica requiere plantearse nuevamente la cuestión de los valores y bienes del derecho, que en la especie se refieren a los valores y bienes del derecho occidental moderno. Al hablar

de ese derecho es necesario comprender que la sociedad jurídica que con él se verifica reviste sus instituciones, enlaza sus valores, bienes y sujetos en la persona y valores del individuo propietario, en su modelo relacional, en su escala de necesidades. Libertad, propiedad y autonomía son las claves de la antropología individualista de la modernidad capitalista, anteponiendo esos valores abstractos y formales a las necesidades de la materialidad cotidiana, de manera que la forma como se concibe el orden de satisfacción de las mismas resulta determinante en el tipo de sociedad a construir. En las diversas categorías conceptuales sobre necesidades que repasamos (Kant, Hegel, Maslow) el modelo liberal construye y reconstruye sus postulados; en él, el sujeto de necesidades es un sujeto abstracto, que decide con plena autonomía de voluntad sobre sus necesidades y deseos, subordinándose al principio del deber, sujetándose a una moral autónoma de validez universal, en que los fines son relativos y las necesidades abstractas, particularizadas, para individuos igualmente particularizados. En esta teoría liberal los bienes son los satisfactores de las necesidades y con ello definen y construyen a los individuos mediante sus relaciones ínter subjetivas de forma contractual en que la concurrencia a esos satisfactores es individual, jerarquizada por su voluntad y determinada por su capacidad de adquisición. Contra ella la modernidad conoció sobre todo a la propuesta sustentada en las obras de Marx, que se centra no en la voluntad sino en el problema económico del acceso a los bienes satisfactores de necesidades. En esta mirada las necesidades no son universales sino que dependen del lugar social de su sujeto, son una categoría económico política que depende de la relación de producción existente, la mercancía es un objeto externo que queda marcado tanto por su valor de uso como por su valor de cambio, que en el capitalismo significa esencialmente este segundo uso orientado a la apropiación y a la maximización. Si bien es cierto Marx abrió la mirada hacia la realidad contextual, se requiere abrir aún más las concepciones mecanicistas y mercantilistas, en un sentido diferente al padrón individual de satisfacción que difiere, en uno u otro modelo de quien asigna la concurrencia a los satisfactores y en qué orden, si mercado o estado. Para ello trabajamos con la propuesta del Desarrollo a Escala Humana, que replantea los límites paradigmáticos del problema, colocándolos ya no en los satisfactores en tanto bienes sino como recursos y en las relaciones y valores que constituyen un modelo de satisfacción de necesidades. Se trata de trabajar ya no con una perspectiva de escasez sino de producción de sinergia, de participación,

de concurrencia activa y compleja a las necesidades humanas, observando no solo la carencia sino la potencialidad del hacer en esa búsqueda de satisfacción, de manera que sea posible romper la fragmentación uno a uno de la satisfacción liberal de necesidades y la asignación jerárquica del modelo centralizado.

La elección de uno u otro paradigma no es indiferente para el tipo de derecho que se quiera producir. Mientras que en una sociedad en que la relación entre los sujetos se produce mediante una entelequia contractualista que se reproduce uno a uno en la concurrencia del contrato individual, el derecho adquiere una dimensión básicamente normativa y guardiana de ese orden de producción y reproducción, excluyéndose otras prácticas sociales que miren más allá de la concurrencia privada de los individuos. El problema se vuelve biopolítico cuando se intenta plantear la cuestión del derecho no como un problema de cumplimiento normativo o de adecuación de las conductas a los imperativos, sino como el de un sistema de juridicidad capaz de satisfacer las necesidades humanas, de forma que la relación entre los sujetos, los bienes, los recursos y las necesidades adquieran forma y expresión sinérgica. Mientras que en la propuesta liberal la carencia de bienes es lo que impide la satisfacción de las necesidades y la falta de derechos se refiere a su obtención, en una propuesta emancipatoria se trabaja sobre la posibilidad de orientar finalistamente el quehacer jurídico a la satisfacción de las necesidades, rompiendo el cerco de la apropiación privada para instalar un uso sinérgico y por ende colectivo en ese sentido de los mismos. **Un nuevo derecho materialista y finalista desplaza la pregunta de la apropiación de los bienes a la pregunta por su uso, por los satisfactores, por las relaciones necesarias para maximizar el aprovechamiento de estos, pero también al entorno, los relacionamientos de los sujetos y sus modalidades, incluyendo y procesando los conflictos más allá de una resolución lineal.** Mientras que hasta ahora a los derechos se les ha presentado como facultades y eventualmente como garantías, un nuevo derecho requiere plantearse el fundamento y la persistencia de esas garantías, pero también el sentido completo de su hacer, como su base de realidad, por ello hemos hablado de una propuesta materialista y finalista que se centre en las necesidades humanas, generando prácticas que las permitan, refiriéndose a la legitimidad de los procedimientos no por su forma sino por su proceso y por su resultado.

En esa línea se intentó rescatar y sistematizar la experiencia de las diferentes corrientes de derecho alternativo y teorías críticas del derecho que, a partir de un cuestionamiento más o menos radical de las formas jurídicas liberales planteó la pregunta por las prácticas del derecho y de sus operadores, como también la reorientación de sus sentidos como la elaboración de conceptos, fines y funciones orientados a la transformación social y a la garantía efectiva de derechos y necesidades antes que al orden. De la corriente europea del *uso alternativo del derecho* es posible rescatar la posibilidad de una interpretación normativa orientada a la inclusión social, al privilegio de los sectores más necesitados por sobre la aparente neutralidad del orden, a la garantía de los derechos en un espacio público garantista y no solo represivo. De las diversas experiencias latinoamericanas se amplía la pregunta y se centra la mirada y la acción en las prácticas de los operadores jurídicos, pero también de los afectados, los usuarios, las comunidades, los sujetos jurídicos no individualistas y propietarios, sino de aquellos que invierten la disposición temporal de la burocracia y la resolución al futuro de los procedimientos por la instantaneidad de la reivindicación, construcción, demanda y/o consecución actual de los derechos. En este esfuerzo, as tipificaciones de los servicios Legales Alternativos construyeron sustanciales innovaciones y modificaciones a las practicas individualistas tradicionales, la de los profesionales y de los afectados; y las diversas teorías críticas de distinto corte doctrinario lograron plantear preguntas esenciales al sistema jurídico, cuestionando sus fundamentos y entre ambos replanteando los usos del derecho, los fines, y métodos, reponiendo la cuestión de la legitimidad en los resultados y de la soberanía en la acción directa sobre el entorno inmediato.

La necesidad de una nueva relación de saber y ciencia, de derecho y política como fundamentos religados requiere una separación conceptual solo para una reelaboración de su reunión respecto del derecho y los derechos como realidades y momentos diferentes de la juridicidad; una revisión de las categorías formales de la justicia, la revalorización del conflicto y la ampliación del conflicto legal internormativo y de conductas a un conflicto jurídico social ampliado en la línea de las necesidades humanas fundamentales, una revisión de los usos del derecho y sus posibilidades en manos de operadores jurídicos de distinto cuño y de sujetos que superan el marco del individuo propietario contratante, permitieron sentar bases para entender el derecho de una forma diferente a la liberal normativista: el derecho



siempre dice relación con el poder, ya que en su calidad de practica social es una práctica de poder, a la vez que un discurso que se auto singulariza y que hace uso de su elaboración discursiva; se trata de una práctica que tiene lugar en el estado como en la sociedad civil, que admite en consecuencia pluralidad de fuentes y pluralidad de sujetos, con practicas jurídicas que se desarrollan intra y extra institucionalmente, que en ese juego político define sus funciones y se planea como base el pluralismo y no ya el monismo.

Por su parte, revisados los modelos paradigmáticos de la ciencia y el derecho se abordó el tema de los derechos humanos en su triple problemática de a) fenómeno político-jurídico, b) de espacio de lucha hermenéutica y práctica; y c) como horizonte del discurso y el hacer jurídico en una perspectiva emancipatoria contra hegemónica. Intentamos dar cuenta como, una vez más, tras los supuestos generalmente aceptados que fundamentan el discurso jurídico, subyacen fuertes planteamientos retirados de la visibilidad; entre ellos - el primero – el concepto mismo de lo humano, y como éste fue, en la misma época de surgimiento, fortalecimiento y consagración del paradigma moderno, levantado como una línea divisoria de inclusión y tratamiento por parte del sistema. Así, el resultado fue que la línea de la ciudadanía, de la humanidad, de la subjetividad quedó trazada por su concordancia con el ciudadano propietario y los derechos humanos clásicos dicen relación con esa determinación política; solo posteriormente vinieron a convertirse en banderas de luchas y a desarrollarse una trama de estatutos, organismos y discursos sobre ellos como procedimiento emancipatorio, generando una suerte de evolución de los mismos en distintas generaciones de derechos que son embargo permanentemente se ordenan y subordinan bajos los derechos políticos propietarios de su origen.

Me pareció importante rescatar de esa evolución la constitución de un sentido de garantías mínimas de derechos y su correlativo sistema internacional de protección, que permitió por un lado construir un discurso hegemónico de los derechos humanos como un gran marco de protección de las personas, segundo su incorporación a los sistemas nacionales de derechos tanto por la vía de la legislación internacional recogida internamente como por la de sendos ordenamientos constitucionales que intentan dar cuenta del desafío y finalmente establecer un

sistema internacional que, con muchas deficiencias subsistentes de la base del derecho internacional público que la origina, ha intentado romper esos cercos legalistas y cada vez más plantear cuestiones esenciales acerca de la relación entre derechos y dignidad, lo que queda sin embargo limitado por sus propios elementos de soberanía delegada que la constituyen. Se trabajó para ello con la tesis garantista de Ferrajoli en un símil que permitiese graficar así al sistema internacional de protección de derechos, pero que a la vez resulta útil para analizar las dificultades limitaciones de ese mismo sistema. Nos pareció esencial al respecto señalar que por una parte debía rescatarse y valorarse apropiadamente la insistencia en que los derechos adquiriesen estatutos y sistemas de garantías, así como que se abogase por la integralidad de la aplicación de estos sin establecer jerarquías, como que con ello se hubiesen además roto fronteras procesales permitiendo cada vez más la incorporación a las acciones de los propios afectados ampliando la condición de actores establecidas para el derecho internacional; pero además marcando claramente como límite que tanto la definición de los sujetos como la lógica de la actuación necesaria para la obtención de los derechos se mantenía dentro de la racionalidad formal del derecho moderno, lo que ciertamente mantenía el principio de exclusión de actores. Por ello es que me pareció esencial argumentar que dado el contexto histórico, político y material en que sobrevive la humanidad real, criticar los derechos humanos era necesario, al igual que el resto de la formación jurídica, sobre todo como una manera de marcar su importancia político epistemológico.

Para efectuar dicha crítica nos servimos del arsenal teórico elaborado por Joaquín Herrera Flores y su Teoría Crítica de los Derechos Humanos, quién subrayando la importancia de los derechos humanos, a la vez desacraliza el punto, admitiendo y generando una crítica política y metodológica sobre ella que nos permita orientar la lucha por esos derechos humanos. De ese análisis surgen una serie de pistas que permiten observar mejor el fenómeno: **a)** los Derechos humanos son antes que todo un proceso cultural de relaciones materiales, políticas y sociales y no un dato ontológico surgido de la divinidad o de la razón; **b)** el ejercicio de mirada que sobre ellos se hace debe ser analizado por la relación mirada, reflexión y acción de manera de juzgar sus resultados por sus resultados; **c)** la lucha por los derechos humanos es constitutiva de un verdadero conatus en que afirmar los derechos humanos es afirmar las potencialidades humanas; **d)** la doctrina de los

derechos humanos como la hemos conocido es en verdad una posición ideológica idealista que requiere confrontación para hacerla realidad en su efectividad, de forma que la cuestión por los derechos y la dignidad no sea una cuestión neutra sino una toma de posiciones contra la raíz originaria de sus vulneraciones; **e)** en ese sentido trabajar sobre los derechos humanos hoy implica reconocer que la diversidad del escenario de su vulneración y consecución se encuentra más allá de la formalidad y del relacionamiento del intercambio contractual, sino en una amplia diversidad social, cultural, económica y material que obliga a concebir el discurso jurídico mismo que se aloja en los derechos humanos como el que desde allí se expande, como una visión compleja en una racionalidad de resistencia y una práctica intercultural. Ser requiere pues salir del mito e irrumpir en lo real, a la vez que provocar una amplia discusión acerca de las condiciones de operabilidad que una lucha por los derechos humanos centrada en el proceso de conquista y no en el proceso de tramitación, y en la dignidad humana material y no en una dignidad ontológica, requieren para adquirir una dimensión política, jurídica y cultural que permita el salto cualitativo que la lucha por los derechos humanos requiere con urgencia.

Finalmente, considerando que se le señala como el centro de los diversos procesos culturales, económicos, políticos y jurídicos de la modernidad; que en la lucha por su reconocimiento, por su positivación como por la efectividad de los derechos que le atañen, se abordó de una forma acotada el problema del sujeto.

Consideramos que el paradigma moderno mismo había sido construido sobre la relación estrecha entre verdad, conciencia, realidad y subjetividad, de manera que la dimensión de la subjetividad moderna dependía esencialmente de las bases con que se trabajase en su constitución y despliegue. De hecho, como bien da cuenta la historia de la filosofía, el sujeto moderno es en gran articulador de la producción de realidad: el sujeto en tanto ente que discierne y produce la historia, y de ésta manera se le presenta como un yo trascendental fuera de la naturaleza pero con capacidad de apropiarse y decidir sobre ella para en ese método reunificarse con el mundo sensorial; para ello se le a un tejido de reglas de imperativos jerarquías con las cuales provocar su acción. Sobre esa matriz Kant y Hegel levantarán la idea de autonomía y de libertad tendientes a reforzar el principal atributo de esta persona: su

libertad en el orden de la idea que no es sino el de la propiedad. En consecuencia, en el instrumento laico de producción de unidad y totalidad en la sociedad (el derecho) el sujeto adquirirá personalidad en la medida que se despliegue como poseedor, lo que coloca en la base de la antropología liberal capitalista moderno la figura del sujeto propietario.

Los cambios de contexto han producido sin embargo transformaciones en el desarrollo del mundo material y económico en que esa subjetividad se disponía, que obligan a replantearse la cuestión de la subjetividad y la verdad. Así por ejemplo la individuación y el bien común por agregación de individuos pasa a desarrollarse en un tejido de redes que obligan a ese sujeto a desplegar una forma de sí también diferente, adecuada; lo que incidirá manifiestamente en las diferencias entre el derecho liberal moderno y aquel que se constituye y rige en la era global reflexiva: el individualismo autárquico debe ahora ligarse, el derecho debe concurrir a ese juego de contactividad. Es en ese campo, tanto como en el de la disputa ideológica contra las posturas idealistas y ontologicistas, que debe y puede desplegarse una nueva subjetividad que rompa con el cerco del sujeto propietario. En ésta perspectiva señalamos que debía abandonarse la noción pura del sujeto como conciencia para centrarse en su potencia; reordenarse su modo de constitución para pasar de un sujeto como punto de partida a uno como punto de llegada. Se trata de producir una subjetividad de contacto, relacional y centrada en la continua producción de sí mismo como ser relacional, ocupado en la satisfacción de sus necesidades en armonía con su entorno y no en la apropiación individual. Señalamos que ya en la propia era de la modernidad, en su época de frontera entre la modernidad sólida y la líquida, habían sido los movimientos sociales los que nos permiten avizorar la condición de posibilidad de una subjetividad de potencia y relacional, ya que rompiendo con la lógica institucional y propietaria centran la discusión del sujeto e su apropiación del instante, de su entorno y de su relación productiva con estos y los demás sujetos. En el campo de la filosofía lo proponíamos señalando que esto significaba el reasumir la noción de un sujeto ocupado de sí mismo para gobernar (co-gobernar) con los demás; en el campo jurídico indicábamos la necesidad de pasar de un sujeto de derecho a un sujeto de derechos inserto en procesos de participación y decisión colectivos e incluyentes. Sólo entonces será posible hablar

de un sujeto jurídico que no esté sentado sobre el vacío de una racionalidad supuesta sino constituido sobre sí mismo en su calidad de ente relacional.

De dicha forma se pretendió mostrar de la manera más completa posible el entorno, el contexto y los fundamentos del paradigma moderno y su aplicación a la cultura jurídica que a partir de la transformación de la soberanía política medieval y del avènement del capitalismo hemos conocido, sin dejar de señalar que sus raíces se hunden en éste pensamiento pero también en una línea de genealogía larga de lo que denominé el pensamiento del abstracto.

Pero a la vez que expuse ese momento histórico conceptual, de forma paralela se acompañó aquello con la crítica del movimiento moderno del estado monista, de la soberanía expropiada a la comunidad, de la filosofía de la conciencia, del ontologismo idealista, del capitalismo hegemónico, de la cultura disyuntiva y excluyente de la modernidad, tanto liberal elitista o progresista vanguardista, y con todo ello del derecho como forma e instrumento de esas separaciones y de esas dominaciones. Pero lo más importante es que, en estrecha conexión con esa confrontación ideológica, metodológica y valorica profunda de la modernidad como proyecto de promesa incumplida y de dominación, exclusión, explotación y destrucción de lazos, entornos y sentidos efectiva y concreta, lo que por cierto tiene parte de quiebre y parte de reacción a su fuerza, se hicieron toda una larga serie de afirmaciones, a veces expuestas claramente, otras enunciadas, que permiten afirmar la necesidad y la posibilidad de pensar un nuevo derecho, y con ello su condición y su modo.

Me parece necesario, una vez más, exponer esas afirmaciones que son la fuerza de su potencia:

A. El problema de que es la realidad es una cuestión central, de cómo concebimos, pensamos y hacemos esa realidad. Del modo en que establecemos sus límites y posibilidades depende a su vez el resultado de las acciones que sobre ella emprendemos; por lo mismo la realidad no es un problema conceptual sino un conjunto de elementos materiales, biológicos, conectivos y culturales en relación y expresión.

B. La realidad no es un concepto ni un fenómeno que deba ser conocido o analizado solo desde una razón que nos permita desentrañar su contenido del cual los sentidos nos alejen. Al contrario, la realidad es a la vez un ser, un hacer y un estar, un conjunto complejo de relaciones ínter subjetivas, ontogénicas, estructurales, culturales y sociales que requieren de una acción de presencia, conocimiento, comprensión y acción conjunta en que se involucran los entes vivos en su complejidad racional, emocional y relacional.

C. Recuperar la realidad material, el contexto, entorno y posición de los sujetos en ella es una cuestión central. Recuperar el sentido, la cotidianidad y el instante es una tarea epistemológica política indispensable.

D. La verdad no es una ley universal establecida y manifestada en tanto imperativo, sino una construcción de poder que sirve a quien la enuncia y que en esa condición puede ser reappropriada, recompuesta, restablecida en beneficio de quienes no la poseen ni determinan pero que se lo planteen como tarea.

E. Una ciencia para la realidad material requiere, para esa recuperación de su tiempo y espacio cotidiano, una pluralidad de métodos, de relaciones sujeto/objeto, de perspectivas gnoseológicas para un pensamiento complejo, de verdades aproximativas y potenciales, que sea capaz de romper la fragmentación y por ende reunir, reafirmar, reordenar y producir sinergia.

F. Un pensamiento material integrador y sinérgico requiere señalar los espacios de lo vivo como una estrategia de compenetración y respeto mutuo, en cuidado y responsabilidad de sus armonías de sustentación y potenciamiento para la mantención y reproducción de la vida; esto implica replantearse las relaciones con los entornos naturales, materiales y sociales a partir de una reubicación del sujeto mismo en esas relaciones.

G. La posibilidad de desarrollar un nuevo modo de conocimiento, reflexión y acción capaces de recuperar contexto, instantaneidad e integralidad requiere desarrollar metodologías de trabajo teórico-prácticas capaces de hacer visible lo real, cambiar la mirada sobre el campo de trabajo, pensar de otro modo la realidad y sus relaciones, cambiar la emocionalidad en esa acción, aproximación y reflexión para así cambiar la interacción desapegada, disyuntiva e individualizante que comanda la reflexión/acción moderna.

H. Pensar de otro modo es pensar no ya en un mega relato omnicomprensivo sino en una cultura que tienda puentes de construcción de integración y sentido, definiéndose como un paradigma inacabado, capaz de rescrituración permanente para su adecuación a las relaciones materiales cambiantes.

I. La acción directa es el modo del método.

J. Una nueva epistemología que, como es nuestra preocupación, lleve a una nueva juridicidad, requiere recuperar lo político más allá del individuo, de las instituciones y de su tecnificación recuperar el principio de comunidad, definido por una primacía de lo local-cotidiano, una recuperación del instante y por el valor central de la satisfacción de las necesidades en un sentido no propietario sino inclusivo y participativo, que lo ubica frente al estado y al mercado como principio activo eje de lo social.

K. Lo anterior requiere dispensar el estado como el momento de lo político a la vez que privarlo de su carácter de protector/proveedor y establecer el momento político en la acción por la dignidad humana y las necesidades, rompiendo al lógica público/privado que imponen las esferas del estado y del mercado, repensando su constitución como aparato en la apertura y la participación.

L. La soberanía es un proyecto por realizar permanentemente, que dice relación con los sujetos que intervienen y asumen su existencia y

cotidianeidad como una constante y, por lo mismo, se necesita para ello de reflexión, práctica e instrumentalidad que permita esa recursividad creativa y reapropiante de su ser/hacer/estar/producir.

M. Una reorganización de lo social en un sentido no capitalista ni economicista requiere pensar e imponer valores que construyan una antropología de lo colectivo, implicado, relacional y responsablemente activa de su construcción. Esto implica plantear la organización y la valoración de las opciones en una perspectiva de satisfacción sinérgica de las necesidades humanas como horizonte de dignidad, eliminado la acumulación inmovilizante de los bienes y recursos y los ejercicios tecnocráticos que excluyen la participación en las decisiones de los sujetos afectados.

N. Los sujetos no son solo sujetos individuales sino individuos, agrupaciones, colectivos que asumen la radicalidad de su ser/hacer/estar/producir para provocar acciones, relaciones e interconexiones respecto de su espacio y su tiempo cotidiano, y que en tanto tal asumen su existencia y su potencia en cuanto a su condición de posibilidad soberana, instituyente y constituyente.

O. De ésta forma el sujeto es siempre una constante en reactualización, un punto de llegada y no un punto de partida de la acción.

Se trata, como puede verse, de una serie de afirmaciones que conllevan e implican unos desplazamientos inacabados de sus aspectos epistemológicos, axiológicos, teleológicos, políticos y desde allí también jurídicos. Si no solo intentamos efectuar momentos reactivos de crítica jurídica sino recuperar la experiencia, los sentidos de ésta y las potencialidades creativas y emancipatorias de las actitudes, reflexiones y prácticas de todo tipo que se han levantado y propuesto – y que seguirán proponiéndose- contra las dominaciones explotadoras, excluyentes, alienantes, deshumanizantes, irresponsables e in sustentables que han sumido a inmensas mayorías de la población humana (y bio-orgánica en general) en un



estado de fragilidad y colapso, de pobreza y marginación, de subordinación y dominación frente a la poderosa ratio capitalista, financista y mecanicista imperantes a escala global, resulta preciso provocar y ejecutar una nueva producción de los procesos culturales que resulte un ejercicio de apertura de los procesos de producción de lo común, enfrentando a las fuerzas activas de la exclusión, la apropiación y la dominación globales, nacionales y locales; pero reordenando ese hacer en la actualización y prefiguración de las necesidades y posibilidades de esa nueva constitución instituyente de soberanía.

Como puede apreciarse tenemos ya un conjunto de proposiciones base que, además de las críticas y deconstrucciones de las propuestas del paradigma moderno, pueden permitir afirmar que existen pistas, principios de proyectos de investigación, etapas en desarrollo teórico práctico que pueden permitir el desplazamiento requerido para pasar de la crítica jurídica a una nueva cultura que albergue sistemas jurídicos relacionados, conectados y articulables que constituyan y permitan producir teorías, instrumentos y prácticas jurídicas que llamaré pos capitalistas y transmodernas.

Pos capitalista en el sentido que sea posible constituir un pensamiento jurídico que no ligue sus formas, sus prácticas y los vínculos jurídicos a que concurre al despliegue de los intercambios sin identificarlos con negocios jurídicos contractuales de intercambio sobre bienes y valores comerciables y fungibles, que necesariamente tenga como objeto el ser la forma de un intercambio acumulativo que necesite aseguramientos, sino que disponga si es preciso de esa instrumentalidad, pero que amplíe su aparato mediador y decisorio a contactos de satisfacción de necesidades y no de intereses. Transmoderno en el sentido que la superación que haga del paradigma moderno no sea la postmodernidad que establezca ni una cultura soft de la razón ni razone en términos del término de la historia y los meta relatos; pero además que lo transduzca recorriéndolo, revisándolo y estableciendo una lógica espacial, conectiva y temporal diferentes a la razón disyuntiva moderna que uniformo todos los proyectos políticos de la modernidad. Transmoderno a su vez en el sentido que contrariamente a la pretensión de unidad general que los diversos aspectos de la modernidad intentaban producir, desde la idea única al partido único, admita la

condición de pluralidad en su entramado constituyente, en que las zonas de condensación institucional puedan tender al encuentro antes que a la unificación.

Parte de ese proyecto me parece es la posibilidad de romper con el doble nudo del derecho moderno –que sigue en esto a la concepción de ciencia respectiva- en que todo aquello que no está involucrado directamente en una situación, otras personas, grupos y el entorno, no son considerados para los efectos secundarios de las decisiones jurídicas, a la vez que no incorpora como parte esencial de su proceso el necesariamente coligado suceso de los efectos de las decisiones para los que no contempla ni seguimientos vinculantes ni medición de efectos. Faltan así normalmente factores de verificación de acción, bases de instrumentalización y catalizadores de los procesos necesarios para su aplicación, se precisa construir una posibilidad de ejercicio que contenga sentidos y cursos por donde efectuar su aplicación, su verificación, su medición, su constitución efectiva y no solo su institución.

Como bien sabemos, el mundo del derecho posee vértices luminosos y oscuros a la vez, y que allí radican sus aporías, sus contradicciones, sus zonas grises; pero también sus potencialidades. Nos coloca en la disposición luminosa de ser poseedores de derechos destinados a hacernos socialmente plenos, en una perspectiva de aspiración y sentido común de justicia; pero a su vez, esos mismos derechos se nos presentan como inalcanzables, difíciles de concretar, presos entre la definición sustantiva y la ritualidad procesal para su acceso, a la espera permanente de nuevas modificaciones legales que cumplan con la posibilidad de tenerlos, de acceder a ellos, quedando entregados a la formalidad de las normas y a las dificultades de su aplicación; permanentemente entregados a las capacidades patrimoniales individuales y a las posibilidades procedimentales formales. Frente a ello hemos señalado que hoy la cuestión es cómo superar esa bipolaridad entre realidad y formalidad que tensiona la construcción y la concreción efectiva de una situación de juridicidad plena para los sujetos (individuales y colectivos), que resuelva o al menos aproxime a la solución de sus necesidades sociales y les permita realizar su horizonte de dignidad. Nuestra apuesta teórica y práctica es que ello es posible, pero bajo otros supuestos paradigmáticos que los formalismos de la legalidad abstracta, en un ejercicio procesal y substancial distinto de los derechos;

en una discusión de mayor alcance que los límites de la legalidad, que dice relación con la naturaleza y alcances del paradigma moderno y sus promesas. Esa necesidad de ajuste entre juridicidad y necesidad requiere no solo ajustar situaciones y normas, sino pensar otro derecho, distinto del liberal moderno, en una acción creadora de teoría no solo reactiva sino afirmativa de sus posibilidades. El desafío es construir nuevos modos de pensar y hacer, nuevas prácticas sociales y científicas, en definitiva políticas, que abran paso a otras metodologías, otras acciones y otras relaciones sociales y culturales distintas a las de la abstracción y la forma.

Sabemos también que en ésta coyuntura de fin de la primera década del siglo veintiuno, en que la promesa de liberación que el capitalismo traía consigo en su origen y que se ha extendido en diversas formas por su historia es una promesa fallida y quebrada, que en su última formulación neoliberal y global el colapso financiero se venía construyendo como éxito en un sentido numérico pero como fracaso en sus resultados sociales desde antes, en la extrema ortodoxia y rigidez de sus objetivos, sus instrumentos y sus prácticas tecnocráticas y políticas. Por ello es que hemos dicho anteriormente que en este situación pensar es pensar de otro modo y que pensar de otro modo requiere ser capaz de salir de esa trampa, de esa especie de clausura de mirada y posibilidad en que los pensamientos críticos sufren una atrofia, una parálisis de razón instrumental, pero también del sentido mismo, en tanto pretenden pensar y accionar en una dirección contraria al poder hegemónico pero dentro del mismo ámbito teórico práctico del paradigma dominante, como si pudiese virarse en U y conducir contra el tráfico sin salir dañado, o quedar estancados en una carretera de un solo sentido y alto tráfico, que a lo más agrega pistas laterales, pero suprime desvíos y caminos alternativos. Para romper esa parálisis, se requiere una voluntad no solo para resistir y luchar, sino sobre todo para imaginar, para inventar, para combinar y recombinar los instrumentos, las experiencias y los ensayos de que disponemos, dándoles un sentido de afirmación y creación que frente a la fragmentación, retome el desafío de la unidad y de la realidad y la subjetividad como puntos de partida y llegada permanentes y en un mismo movimiento diferenciado pero no fragmentado. Eterno retorno, si se quiere.

Pensar en un nuevo paradigma ni moderno ni liberal, implica entonces crear, recrear y hacer visibles redes y relaciones sociales distintas a las de las adhesiones a macro pactos sociales no suscritos como también su reducción a la de, o bien partes contratantes, o bien consumidores. Se trata de establecer sujetos y sujetas no universales ni abstractos sino concretos y por construir y reconstruirse de forma permanente en relaciones múltiples con su comunidad, no solo las de intercambio de bienes; no formales sino experienciales y relacionales, que vinculen a éstos sujetos con la naturaleza, con sus objetos de conocimiento, con sus entornos geográficos, con sus acciones económicas y con sus congéneres con quien establece relaciones. Se trata de construir imaginarios y técnicas de intercambio de bienes no en la lógica del valor de cambio sino del valor de uso; de vínculos incluso formales que apelen no a la igualdad formal sino a la igualdad real, sus necesidades de complementación, de equilibrio y de responsabilidad mutua, cooperativa y colectiva; con una percepción, una conciencia y una acción responsable hacia ellos mismos y su entorno natural y social; con una fuerte actitud relacional, flexible, sinérgica y constructiva.

En esa tarea de construcción de imaginarios posibles, imposibles, deseables, ensayables, verificables y en espiral, así sucesivamente, es dable imaginar un derecho de nuevo tipo que supere el carácter normativo y formal del derecho moderno, que se desplaza hacia la retórica, la justicia como noción política, las necesidades humanas como indicadores, la dignidad como horizonte conceptual y los sujetos concretos como actores. Se trata no de una elaboración completa, sino que pretende situarse y aportar a una discusión desde su emergencia, pues esa, la completud y totalidad, es precisamente una de las pretensiones falaces del derecho y la ciencia moderna. Por el contrario, se trata de retomar, resumir y proponer elementos, conceptos, nociones e instrumentos de construcción de un nuevo y distinto paradigma jurídico, que parte precisamente por cuestionar el monismo y la pretensión de escribir una teoría general y totalizante del derecho y que establece fundamentos jurídicos neo paradigmáticos, que buscan permitirse una mirada no formal de los derechos y una apropiación y/o construcción efectiva de éstos más allá de la formalidad.

En lo sucesivo, intentaré articular estos planteamientos, a la manera de un itinerario de discusión, que eventualmente pueda dar origen a futuros desarrollos, aplicaciones, afirmaciones, revisiones, individuales y colectivos, intentando plantearlos, a pesar que se trata de una travesía a campo abierto, en una trama con cierta coherencia pero sin pretensión de constituirse en otra situación de verdad y certeza, sino de generar una nueva poética re combinatoria, recursiva y potencial para otro derecho; entendiendo que ese nuevo derecho impuro requiere muchísimos más esfuerzos que uno individual y teórico, que requiere indispensablemente conjugaciones de prácticas culturales, sociales, políticas, económicas, teóricas y hasta diríase proféticas, no en el sentido vanguardista moderno que excluye toda expresión de luz que no provenga de esa verdad (ya con el comunismo y el neoliberalismo fue suficiente) sino más bien como posibilidades de futuros abiertos en la medida que permiten entender el tiempo del ahora, el instante, como la base de todo hacer posible y todo hacer posible como un poder hacer y en definitiva como un poder emancipatorio de las dominaciones próximo/lejanas y virtuales/cotidianas.

Lo que sigue es, de alguna manera, el ensayo de un guión no escrito, una práctica en el extremo de lo inexistente y sin embargo posible, por cuanto lo que puede avizorarse es de alguna manera el punto de tensión del ahora. Intentaremos explicarlo hasta donde sea posible sin el cambio de las condiciones materiales que acaben de concretarlo.

### **Redefiniendo método y punto de partida.**

En primer lugar resulta necesario reponer la atención tanto en el punto de partida de la generación del derecho como el método de conocimiento y trabajo sobre él, para mantener, a pesar de las adaptaciones que deben hacerse, una clara diferencia de principios en relación al paradigma jurídico de la modernidad estatalista.

Mientras que el derecho moderno se construyó sobre la idea del estado centralizado, de un punto superior de jerarquía que era a la vez a) el productor del derecho; b) el lugar de la unificación social y de las decisiones generales; y c) a la vez que el lugar de la idea social necesaria, lo que produjo una subordinación de las comunidades y las entidades colectivas, e incluso de los individuos no habilitados en la teoría ideal de derecho, después de la evidente falta de capacidad de la teoría y la práctica jurídica para dar cuenta de la diversidad social, debiendo siempre simplificar metodológicamente para de esta forma poder imponer sus imperativos, una nueva cultura jurídica requiere abrir paso a la diversidad y reconocer los otros espacios sociales de manera que no sean subsumidos por el orden estatal. Pero ello no implica solo una reacción anti estatal, como lo ha sido el neoliberalismo que ha banalizado el estado en beneficio de espacios empresariales y financieros globales, difuminándolo precisamente al trasladar el lugar decisorio a una esfera más alta donde el estado queda disuelto o cuando menos subordinado.

Una nueva perspectiva de la juridicidad parte de aplicar efectivamente dos principios que antes enunciamos como afirmaciones. Primero que el modo del método es la acción directa; y segundo que la pluralidad de fuentes y de métodos, es la base de esta nueva cultura jurídica.

Lo anterior significa que para la reflexión, el diseño, la aplicación de instrumentos de juridicidad, el conocimiento de los hechos, las acciones de los sujetos, las relaciones contextuales y de entorno bio-social, como la verificación de la legitimidad procesal y de resultados de esas acciones jurídicas el lugar de privilegio es el del lugar del sujeto y de la ubicación de la conflictividad que moviliza y origina la ejecución y operacionalidad del derecho; se trata de una opción de práctica política que más allá de su devenir, por el lugar de opción y de inicio de la acción, está llamado a tensionar y marcar la producción jurídica. Este ligero desplazamiento teórico es sin embargo de consecuencias de potencia democratizadora<sup>1221</sup> que pueden desarrollarse sinérgicamente en varias direcciones a la vez.

---

<sup>1221</sup> En el sentido que en ciencia política se usa para hablar de democratización y no de democracia formal, es decir se refiere a la ampliación de espacios de libertades y derechos públicos, en espacios que estructuralmente

Así por ejemplo, se trataría de una aplicación de la primacía de la realidad material por sobre la conceptualización de esa realidad a obtener por imputación que el derecho formal contempla y que encuentra su aplicación en la subsunción de los hechos y la realidad bajo los requisitos que la norma contempla. Acá por el contrario en materia de acceso y relevamiento de la realidad no se trata solo de conocer los hechos para subsumirlos, sino de conocer las relaciones concretas entre los sujetos que participan de ellas, en sus posiciones, disposiciones, intereses y necesidades, para así ordenar la resolución del conflicto jurídico en ese lugar a la vez territorializado de su cotidianeidad como en el lugar simbólico del cruce de éstas variantes, a la manera de un campo utilizado en la teoría de los juegos<sup>1222</sup>. Se trata de la radicalización contextualizada y en la perspectiva finalista que ya hemos

---

han sido diseñados o se han desarrollados dentro de institucionalidades o culturas centradas en el orden, la regulación y valores conservadores tradicionalistas.

<sup>1222</sup> Así, si tuviera que graficarse el lugar simbólico donde radicar la situación esta debería poder trabajarse en cuadrantes de la siguiente forma:

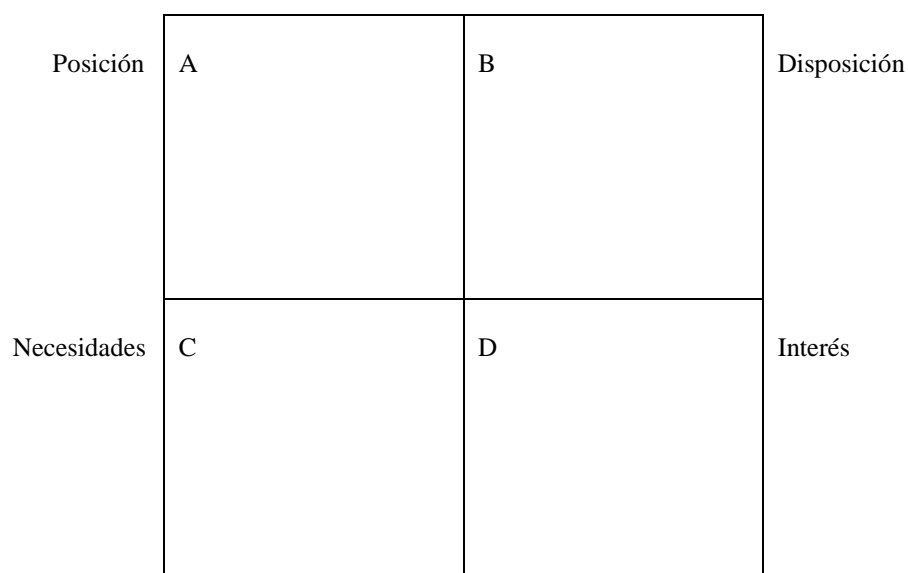


Ilustración 15. Campo de Teoría del juego aplicada al conflicto jurídico.

enunciado en el trabajo de, por ejemplo, dos formulaciones ya existentes en la teoría y en la práctica jurídica en torno a la aplicación de normativas.

Por un lado la radicalización del llamado principio de la primacía de la realidad teorizado por el derecho laboral, que para configurar la existencia de una relación laboral o de las condiciones de trabajo que se desarrollan cuando un contrato de trabajo no está escrito o lo está de manera vaga, insuficiente o inactualizado, admite que a partir de acreditar hechos se configuren los elementos formales de la definición normativa del contrato de trabajo y sus elementos así establecidos; si allí se trata de configurar los elementos del contrato definidos normativamente, aquí se invierte la metodología configurando una situación de facto que requiere juridicidad y no al revés, que al definir los elementos de esa situación específica luego se le aplican formulaciones jurídicas conocidas, desconocidas ad-hoc que sustenten los vínculos de concurrencia, responsabilidad y necesidad de resolución del conflicto u otras aplicables o analogables, a la manera de los contratos innominados, pero asumiendo radicalmente la posibilidad de juridicidades innominadas y por completar mixturizando.

La otra radicalización de una experiencia ya conocida es la de los parámetros a posteriori de medición de la existencia o no de discriminación, construida por la jurista Alda Facio y que también en su momento mencionamos. Allí ella aplica la medición de la discriminación observando la condición de discriminación que queda definida en el alegato de protección de una de las partes ante el juez y contenida en la Convención Contra Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer, tras obtenerse el fallo que permitirá analizar si por los resultados esperables y su condición o no de discriminación práctica a posteriori. Sin embargo esta propuesta que es de un avance innegable queda reducida al decisionismo judicial perdiéndose toda la amplia gama de juridicidad no judicializada, desde la administrativa a la definida por las propias partes directamente o a través de otros elementos como la mediación social. Se requiere la presencia activa de las partes y la atención a sus situaciones puntuales y es con ellas, y en cada espacio en que se señalen, que puede establecerse cuales sería los parámetros por los cuales se medirán las consecuencias de las decisiones asumidas, adoptadas, acordadas o impuestas



solución a un conflicto, de manera que la medición de resultados sea aceptable, posible y necesaria para la aplicación global e integral del derecho.

Por otro lado, contra la pirámide de importancias que le dan el estado y el capital, hay que asumir como punto de partida de la juridicidad la realidad local, el punto inferior de la pirámide social<sup>1223</sup>, que se desplaza el lugar de autoridad y de legitimidad. Así, la legitimidad ya no es formal ni de autoridad por potestad, sino de legitimidad material, presencial, en que quienes ostentan cargos o posiciones de poder decisorio se desplazan simbólica y físicamente desde sus lugares de privilegio a lugares de conectividad y relacionamiento por convicción con resguardo de imperio hasta los lugares de conflictividad, tanto geográficas como hermenéuticas, desarrollando una aproximación tanto a la corporalidad de los involucrados como a los topois disponibles y asumibles de sus discursos en la producción. El poder de imperio asume así solo el lugar de resguardo de producción de una juridicidad común cuando alguno no quiera asumir lo acordado/resuelto o se reste o se oponga radicalmente a ello. Nótese que estos desplazamientos no son tampoco una figura nueva sino que una reasunción radical de figuras como las del pretor romano o del mediador moderno, pero redefiniendo su función, su finalidad y su calidad de productores de juridicidad.

Aún más, asumir radicalmente el lugar de lo inferior y de lo local provoca una inversión de razonamiento y de circulación de los poderes, en que a la vez que se otorga el poder de intervenir se deben establecer las conductas de responsabilidad y los controles de actuación también desde abajo como desde la línea horizontal del que actúa y no solo desde los superiores del que aplica. La situación de autoridad queda demarcada en las atribuciones y en el tiempo obligando a que toda figura de autoridad sea medida por su adecuación y no solo por su producción estadística.

Pero esta inversión de punto de ignición jurídico trae consigo una revalorización de todos los espacios sociales y con ello de todos los posibles espacios jurídicos. Mientras que en el derecho moderno el que el Estado sea el

---

<sup>1223</sup> Aunque en realidad al redefinirse también el principio de jerarquía este resulta aplicado por efectividad en la resolución y no por principio de orden, desapareciendo la figura de la pirámide para representarse probablemente en una serie de figuras geométricas, o geográficas, co concurrentes que comparten espacios de afección.

productor del derecho y quien por ser el monopolizador de la fuerza de resguardo del derecho obliga a todos los demás espacios a subsumirse en el orden que desde el estadio se construye y a seguir solo las líneas jerárquicas de desarrollo que desde allí se determinan. De lo que se trata ahora es de multiplicar los lugares de producción social destinando al estado la función de resguardo no del orden sino del equilibrio de poderes entre las partes, de manera que la fuerza del estado se ponga al servicio de los equilibrios de equidad y no de la protección del orden del capital acumulado que al inmovilizar en su apropiación los espacios sociales, disfraza su orden privado de orden público. Me parece necesario señalar que esta es la radical posibilidad de la lucha de liberación que los capitalistas contractualistas plantearon frente al absolutismo, en que las decisiones dependían del monarca y no de ellos, pero que en esa multiplicación posible de espacios de decisión validaron solo los producidos por contratos de carácter formal y propietarios, ordenados por certeza y seguridad jurídica inamovibles y que producían el orden capitalista. Así como la globalización y la híper concentración del capital a niveles nunca vistos han desnudado que el absolutismo y el totalitarismo políticos fueron apropiados y utilizados por los dueños del capital político y propietario, multiplicar los espacios de producción social del derecho, de la vinculación subjetiva y de la afectación entre ellos implica la posibilidad de ruptura de los absolutismos políticos y económicos; a la vez que liberar a las posibilidades formalizadoras del derecho más allá de la forma ley o de la forma contrato a las formalidades posibles, aceptables y comprobables para cada caso.

Asumir la acción directa sobre el locus social y jurídico sobre el que se actúa, es la multiplicación liberadora de los espacios de producción jurídica, terminando con el monopolio estatal, el monopsonio propietario privado y la verdadera colusión por cartel de los intereses estatales y de mercado vinculados por sobre los de la comunidad. Liberar los espacios jurídicos es la gran potencia y condición de posibilidad de un nuevo derecho, y con ello, liberar también al derecho del tiempo lineal burocrático, explosionándolo en sus posibilidades como lo hacen posibles las comunicaciones virtuales on-line en manera de discursos y la aplicación de los llamados *flickering cluster* de la organización cibernética y computacional<sup>1224</sup>.

---

<sup>1224</sup> Las comunicaciones mediante correos electrónicos y chat de todo tipo han liberado al tiempo comunicativo de su espacio lineal, como ocurría con las comunicaciones telefónicas y las directrices formales de las

## Recuperar el entorno, el contexto y la razonabilidad en lo complejo.

Sabemos que una cuestión problemática para el derecho es la del conocimiento de la realidad, y dentro de ella sobre todo el dimensionamiento de sus límites, que permitan hacerla abarcable instrumentalmente. Y sin embargo la respuesta no es sólo instrumental sino sobre todo simbólica como solución de ese nudo: la elaboración del mito de la juridicidad total. Dada su característica mitológica, tanto en su concepción institucional y positivista como en su versión sistémica funcionalista, el derecho requiere operar sobre la realidad con un proceso de simplificación de los elementos para poder construir un espacio de acción que le resulte abarcable y sobre el cual pueda trabajar imponiendo sus términos, sus reglas de juego, sus soluciones; a la vez que desempeñarlas de una manera consonante a los proyectos que las sustentan. En el desempeño de esa función, la mitología del derecho reduce la realidad a binomios tipo bueno/malo, legal/ilegal que permitan acentuar el orden; desde el positivismo institucional se simplifica a la instrumentalidad de la norma y sus principios de jerarquía como mecanismo resolutor de anomias; desde el funcionalismo sistémico, la hiper-especialización que requieren los acoples estructurales le permiten otorgar respuestas de especificidad máxima que permiten seguir el funcionamiento del modelo, pero perdiendo contexto y sentido de globalidad y pertenencia. Todos ellos hacen un uso de los espacios de juridicidad a partir de una perspectiva de espacios diferenciados del resto de la realidad que le permitan operativizar sus soluciones sin tener que romper los moldes espacio temporales de la linealidad y la geometría.

---

instituciones mediante memos o instructivos, que operan todos en movimientos de tiempo lineal a pesar de su mayor o menos instantaneidad. Ya estos habían roto con el tiempo intemporal de la comunicación por carta, que marcaba épocas y no tiempos y admitía relecturas y reproducciones significantes. Por su parte en la organización del mundo computacional y la manera de producción de sus sistemas de comunicación, se usa el concepto de *flickering clusters* o *racismos oscilantes* para referirse a las ramificaciones de los cluster (grupo o racimo), en que su reproducción “Se trata de un proceso de analogía por que el nuevo proceso no reproduce totalmente el precedente, sino que retoma una sople de las ramificaciones o, al reproducir la totalidad, modifica una de ellas”. Puglisi, Gianni. *Un nuevo interlocutor en las relaciones entre filosofía y poesía, la estética computacional de Hofstadter*. En *Filosofía y poesía: dos aproximaciones a la verdad*. Vattimo, Gianni, Compilador. Gedisa Editorial. Barcelona. 1999. Página 65.

En ese acto de escisión comprensiva la actividad humana resulta segmentada, desapegada de las relaciones entre estos y/o con su entorno, los recursos naturales, los nichos sociales, su propio funcionamiento biológico y psicológico queda subsumido y subordinado a la obligación-control del trabajo y el clientelismo. El único punto de reunión pareciera ser la ordenación desde arriba de las ciudades, subordinadas a su vez en la lógica del orden estatal. El tiempo de vida es el del trabajo, definido por los dueños del intercambio y el tiempo burocrático político administrado por los profesionales de la política que ya abandonaron el lugar/momento del ágora y la civitas como comunidad. El derecho y sus procesamientos mantienen su concepción causalista de avance lineal, de progreso evolutivo, de respuesta sucesiva, hasta reordenarse en un lugar común que se erige en un aforismo con pretensiones de verdad por lo que calla: *“el derecho siempre va desfasado de los problemas sociales”*.

Analicemos un momento esta idea de auto restricción de pensamiento que ha impuesto el logos moderno: la sociedad es evolutiva, tiende naturalmente a avanzar hacia alguna parte difícil de simplificar, los fenómenos sociales son siempre complejos, nuevos, rápidos, de manera que avanzan a un ritmo que para las ciencias, y especialmente para el derecho, los fenómenos solo pueden ser detectados tardíamente, de manera que llegar a regular un determinado fenómeno solo es posible después que éste ha ocurrido, de una manera incompleta probablemente, en una fatalidad del atraso permanente. En la metáfora de la autopista que he utilizado antes, los fenómenos sociales (y debemos suponer en consecuencia que los naturales también, ya que no existe naturaleza y sociedad como fenómenos desapegados) circulan por la pista rápida y en automóvil de última generación de velocidad, mientras que el derecho lo hace por la pista de circulación lenta, en un carro muy bonito pero lento, en una carrera desesperada en que de antemano se sabe éste último no alcanzará al primer coche. La solución entonces es o bien de resignación (ya llegaremos por ahora hacemos lo que se puede), y segundo, de orden y solución del problema por arriba, desde quienes pueden ordenar y dirigir el flujo de las autopistas sin participación de los automovilistas.

Lo anterior, que es en parte cierto, aloja una cantidad de silencios que ponen en jaque la afirmación de que irremediablemente debe ser así, y transforma - sino en

falso-, cuando menos en una aproximación al problema, que se encuentra falseado por sus propios presupuestos:

Primero, imaginamos que todos los fenómenos deben circular a un mismo ritmo, a una misma velocidad, y que toda inadecuación entre ellos se debe a esa diferencia de velocidad de circulación entre uno y otro. La uniformidad abrumba, ¿Cómo no apreciar que los fenómenos tienen de por sí tiempos propios de gestación, evolución y desenlace?

Segundo, imaginamos que todos los procesos evolucionan en progreso lineal, de manera que todo debe coincidir en un mismo punto evolutivo. Así, la solución al problema está en igualar la evolución de ambos procesos, acelerando el más lento o resignándose al desfase.

Tercero, que los procesos tienen un doble orden de funcionamiento: uno de circulación de velocidades que debe regularse para evitar colisiones y atrasos, y otro que solo puede producirse desde un diseño de orden generado desde arriba y por fundamentos técnicos.

Cuarto, que entre todo fenómeno existe un número de causas y efectos reducibles, abarcables y ordenables. Las causas y efectos son pocos, intervenibles y controlables.

Quinto, que todos los fenómenos pueden ser regulables, y por lo mismo sometidos al principio de imputación del deber ser de una nueva situación ideal, más avanzada y adecuada al ritmo violento de los procesos sociales. Lo anterior implica una contradicción máxima de fotografiar el instante para luego de regular sus variables provocar un salto adelante que acerque lo más posible regulación y fenómeno.

Sexto, que el fin del orden es la circulación regulada sin conflictos.

Esta forma de pensar implica una idea de progreso que privilegia el orden desde arriba, la construcción de soluciones globales y un desprecio por los ritmos,

tiempos y espacios cotidianos, que puede resultar racionalmente acorde en su operacionalidad técnica pero radicalmente ajena a la diversidad bio-psico-social. Frente a la opción de asumir la realidad material de la forma más completa posible en su complejidad, esas concepciones no alcanzan siquiera a dar cuenta de la del sentido en que la realidad funciona y se produce, incorporando elementos coetáneos en sus movimientos en vez de reducir su campo de exploración. Mientras el derecho continúe preso del paradigma del tiempo lineal, una disposición evolutiva y sucesiva de los hechos, los espacios como fronteras cerrados o muy delimitados, sin que se considere como el conjunto de sistemas de objetos y sistemas de acciones inciden y codeterminan la producción de lo vivo, la realidad continuará encerrado en una producción de alternativas inmedatistas y cosificadora de los recursos y las relaciones.

Similar cosa ocurre con la pretensión de las ideas jurídicas de producir aseveración de certeza y verdad como inicio y término del proceso jurídico, lo que a su vez se traduce en una falsa idea de la seguridad como inamovilidad, aseguramiento y control del estado determinado. Los esfuerzos del derecho no se centran en producir relaciones sociales sino en consolidar las relaciones establecidas desde otras institucionalidades, básicamente la economía y la moral o la ideología. El telos y ontología del sistema pasa entonces a ser la conservación del orden, estableciendo sistemas jurisdiccionales, policiales, institucionales e ideológicos de ese aseguramiento y control. A la manera de la economía financiera en que los esfuerzos de funcionamiento del sistema se centran en la circulación con independencia de los usuarios, o la economía productiva capitalista en que la valorización e intercambio de la mercancía prima por sobre las necesidades de productores y consumidores, o de un tipo de producción global de uso intensivo de energía contaminante, en el derecho las energías se dirigen a la conservación y control del estatus del régimen y los privilegios y no a los destinatarios de derechos de segunda o infinitesimal generación. Se opera como si no existiesen efectos colaterales, afectados mediatos, necesidades ocultas, como si todo lo que debe ser es y lo que se aparta debe someterse al orden y así se ejecuta.

Dar cuenta de la realidad compleja requiere asumir un pensamiento complejo que intente aproximarse a la mayor parte de las operaciones relacionales posibles a

considerar en una decisión razonada, sabiendo que ese ejercicio oscila entre la comprensión de lo múltiple y la imposibilidad de totalizar ese esfuerzo. Se requiere para insertarse en la complejidad de lo real plantearse una **perspectiva de lo jurídico más allá de la imputación** como único camino de salida para los problemas que se reciben, más allá de la sola judicialización o burocratización de los conflictos **impone mirar desde un paradigma distinto el punto**: se necesitan desde el derecho miradas complejas, complementarias, amplias, plurales y líneas de conexión entre distintos estados y momentos de las situaciones a resolver. Esto implica una actitud epistemológica a su vez distinta, situada no en el plano de las respuestas sino de las preguntas (en plural) que permitan analizar el problema y entregarle respuestas sucesivas y compuestas, estrategias múltiples de solución y articulación de interacciones sociales e institucionales. Ese es un camino **—el de la complejidad—** que desde la mirada profesional, pasando por la articulación de los actores sociales involucrados, hasta las respuestas institucionales se encuentra, aún, básicamente inexplorado.

De hecho existe una comprensión equivocada en este paradigma jurídico de la modernidad, acerca de qué es la naturaleza, lo vivo y las relaciones de apertura y clausura de los seres vivos y sociales frente a sus entornos. El concepto vulgar de naturaleza es incluso más restringido que la definición conceptual de la física como disciplina, que une a la materia con las relaciones de espacio, tiempo y energía. Lo que para un físico aparece como la relación de las cosas en un espacio tiempo y su energía producida, ha generado una idea cosificadora de la naturaleza como un espacio lleno de objetos, cosas que están aquí o allá y es necesario definir y reunir. Si uno tuviese que hacer una gran disección de las ciencias al estilo fragmentado moderno descubrirá que se trata de una serie de disciplinas observando objetos fragmentarios. No hablo necesariamente de los científicos y/o entendidos en las materias disciplinares, sino de la episteme que produce un concepto vulgar de las cosas como relativamente aisladas, relativamente detenidas, estáticas.

Esa concepción corresponde y es exactamente funcional a la economía de capital para la existencia de la mercancía. En ella al derecho le corresponde la cosificación de los bienes, los derechos, las relaciones y las obligaciones pendientes entre las partes. Se trata no solo de un fetichismo de la mercancía o de la propiedad,

sino de una verdadera cosificación del mundo, de una reducción de éste a cosas apropiables, dominables, intercambiables, de una expropiación de sentires, haceres, contextos y relaciones no economicistas del entorno. Lo que se hace en medio y con éstas cosas que nos rodean es lo que define la geografía, no el paisaje, no la vida, a lo más se trata de recursos disponibles. Si el orden completo se forma de esa cosificación, el derecho como una arquitectura de lo social se asienta entonces en relaciones simples y necesarias a esa cosificación e inmovilidad. Lo que nos constituye y rodea pasan a ser derechos y bienes apropiables e intercambiables aisladamente de las relaciones en que se sustenta. Lo que ocurra después del intercambio, su garantía o protección no es preocupación del derecho. Toda la estructura social concebida normativamente y por imputación en el ámbito del derecho, subordine las relaciones sociales no contractuales a las relaciones de propiedad y de intercambio contractual. Todo aquello que no se ajuste a ésta pauta de desarrollo, a ésta verdadera génesis de la episteme jurídico-moderna, las que no sean relaciones de bienes apropiables en juegos de intercambio simplemente no posee estatus jurídico y pasan a ser irrelevantes en la esfera del derecho. De allí que resultase tan fácil la siembra de Kelsen al pretender un derecho ajeno a subjetividades, constriñendo a la voluntad al campo de la imputación y excluyendo todo el complejo funcionamiento de subjetividades de los actores. Así los sujetos pasan en verdad a ser objeto del funcionamiento normativo; las relaciones, relaciones formales; y los entornos ya sea naturales, sociales, culturales, ecológicos, es decir espaciales, quedan definidos dentro de marcos de uso no de comprensión ni de interacción respetuosa.

Los intentos que hasta acá se han hecho en el mundo del derecho por incorporar, por ejemplo, la complejidad ecológica de la relación sociedad naturaleza se han enfocado en preocupación por los problemas que derivan de las crisis medioambientales y de desarrollo, pero al igual que aquellos intentos normativos destinados a regular otros problemas sociales que se caracterizan por una complejidad no reductible formalmente, una aproximación de resolución colectiva y una necesaria reducción y/o superación de la lógica de apropiación, como los de la pobreza, los derechos de la producción, la exclusión social; devienen en esfuerzos que parecen siempre llegar tarde, ser insuficientes o simplemente no dar cuenta cabal del punto. Las explicaciones que generalmente se intentan son: o de voluntad



política, que es el verdadero tema de fondo, aun cuando se reduce lo político a la política formal e institucional, o bien de falta de recursos para enfrentar el asunto, desviando la pregunta hacia un tema presupuestario y no de comprensión-acción sobre los problemas y las respuestas posibles como de las necesarias.

Sin embargo, son los fundamentos mismos del paradigma moderno los que provocan esa opacidad sobre la complejidad de lo real e inciden en nuestra capacidad técnico comprensivo de dar cuenta de ella, así como de la aparente limitación del pensamiento jurídico para ampliar su universo epistemológico, comprensivo, discursivo, instrumental y práctico de accesibilidad a lo real/complejo. Consignemos una vez más en resumen estos para poder luego imaginar un horizonte de producción de saber de sentido distinto: a) paradigma disyuntivo entre el que piensa y el que ejecuta; b) pensamiento binario que impone elegir entre opciones excluyentes cerradas; c) monismo jurídico con invalidación de la participación; primacía del rol estatal y control central; organización piramidal de las decisiones y de los saberes; d) formalismo y patrimonialismo como límite decisorio; e) cosificación de la naturaleza y las relaciones; f) pretensión del reduccionismo de operabilidad como totalidad de comprensión; g) cierre del procedimiento como fin del proceso, h) responsabilización solo sancionatoria; e i) ausencia de control de la situación inicial y de la imputación decisoria.

Los conflictos, así como las decisiones que el modelo moderno de derecho, nacional e internacional, toma sobre ellos, se caracterizan por considerarlos individualmente, separadamente y despojados de su contexto social y con mayor razón ambiental, asumiendo que la labor decisoria sobre el problema recae solo sobre el ente institucional encargado de resolverlas una vez que los individuos afectados han solicitado su intervención. Una vez hecho esto se activa el proceso operacional de reducir la complejidad a los límites de la norma, subsumiendo la realidad dentro de los márgenes predefinidos por ésta, estableciendo sobre los elementos que la integran una perspectiva cosificadora, reduciéndolos a bienes disponibles y adjudicables a alguna de las partes, estableciendo para su concurrencia una igualdad de acción para solicitar la intervención del órgano encargado, pero sin considerar las desigualdades reales y materiales de entrada al conflicto. Los sistemas decisorios involucrados, jurisdiccionales o administrativos,

resuelven entonces bajo un sistema jerarquizado previamente de saberes, en que la norma se encuentra en la cúspide, a ella concurren antecedentes aportados por las partes u obtenidos por el órgano en cuestión, los que son admitidos en cuanto verifiquen el supuesto imputado, y si es preciso se allegan informes técnicos que si bien amplían el horizonte de información, son ordenados siempre bajo la pirámide metodológica, que a su vez se encuentra contenida dentro de otra mayor y decisiva que corresponde a las jerarquías de las fuentes normativas en juego, que sumado a la discriminación valorativa del tipo de rama de derecho involucrada más una valoración de importancia normativa según sea nacional o internacional.

En todo ese proceso de producción de grados de complejidad manejables para problemas complejos, alejándose de la simple especialización funcionalista, resalta la insuficiencia de la metodología tradicional del derecho, para una resolución de los problemas colectivos en general. Aquellos que dicen relación con problemas vecinales, de relaciones de ciudad, de derechos o demandas colectivas enfrentados a *facultades o posiciones individuales formalizadas* (léase derecho de propiedad), en que la solución raramente goza de vías procesales establecidas y con una posibilidad de solución que no sea estrictamente adjudicatoria a las posiciones establecidas previamente por las formas, reafirmando el conflicto de origen. El problema es escamoteado por los órganos de decisión y vuelve a plantearse en términos de conflicto de resolución política a negociar, cooptar o reprimir. Una cuestión similar ocurre con otros conflictos sociales que no dicen relación con el manejo económico estricto de los bienes y los vínculos jurídicos, aunque estén relativamente protegidos y formalizados, que viene a ser el caso del derecho del trabajo y el derecho de familia, o las situaciones de violencia intrafamiliar. En todos ellos, a pesar de su atención normativa, el desfase entre necesidades y resolución normativa sigue vaciando las primeras, toda vez que la necesidad de apegarse siempre a la imputación normativa le hace perder su potencial reordenador de la realidad social y termina siendo una discusión de adecuación normativa. Una cosa similar ha ocurrido con los llamados *derechos humanos de tercera y cuarta generación*, los sociales-culturales y del desarrollo que ni siquiera son suficientemente recogidos en los ordenamientos y que además, cuando lo son, su operacionalidad choca con la voluntad política de convertirlos en programáticos, la poca aceptación de las identidades no propietarias al momento de protegerlas y la

subordinación a las normas que protegen la propiedad y el orden público en que se sustenta el sistema.

Las respuestas que se han dado a problemas cíclicos, en movimientos evolutivos en espiral, no lineales, conectivos, inmanejables por su permanecen inestabilidad que tiende a la incerteza resultan a esta altura no solo paradójicos sino que absolutamente fuera de lugar, y no obstante no acaba nunca de recurrirse a ellos ante la no existencia en las perspectivas y propuestas de nuevos instrumentos, de nuevas racionalidades centradas en producir sentido común y no solo sentido formal. La carencia de imaginación que ve lo no existente como imposible mantiene la visión sobre las formas existentes, las carga cada vez más de tensión por su insuficiencia y sin embargo parece no haber lugar para no remitirse a ellas sino a crear nuevas estaciones de trabajo. Se trata ciertamente de un problema de percepción, de comprensión pero también de voluntad de poder sobre los fenómenos de la complejidad.

Pensemos solamente en cómo se enfrentan, una vez más usando como metáfora la comprensión de la naturaleza, *el problema de los fenómenos naturales y el medio ambiente* (siempre moleestamente allá afuera de nuestras civilizadas instituciones) que se han enfrentado desde lo jurídico por cuatro caminos: la adopción de tratados, convenios o declaraciones en el derecho internacional, la protección de garantías constitucionales relacionadas con la vida y protección del medio ambiente, la dictación de legislación especial sobre medio ambiente o sobre recursos y etnias (esos molestos indios que no entienden la relación de propiedad privada y que no adaptan sus costumbres); y la formación de órganos administrativos de control. Un todo que sigue estando orientado por la soberanía y sus fronteras, por la forma y sus propósitos, por un principio de imputación de resultados ordenado aunque no necesariamente posibles o deseables.

El hecho es que me parece que frente a una concepción de la seguridad y la certeza como valores esenciales de una pretendida estabilidad social y ambiental, se requiere dar un salto cualitativo de proporciones, avanzando hacia **una metodología de reflexión-acción para problemas y sistemas inestables.**

Dada la intensidad y complejidad del asunto, me parece que la cuestión es enteramente otra y que en ésta área, como en los derechos sociales y colectivos, que son en verdad todos, lo que se requiere es recrear conceptos, criterios y principios y reasignar los instrumentos de que disponemos en esa situación de post imputación que intento plantear. Se trata de una verdadera reinterpretación del aparato de criteriología que nos permita hacer la transición del paradigma de la disyunción al de un holismo no totalizante sino comprensivo de sus partes y de sus sumatorias; del de la imputación al de la adecuación, de la reducción al de la complejidad.

Lo difícil radica precisamente ahí, en que esa transducción paradigmático implica experimentación, incerteza, adaptabilidad, reorganización conceptual, operacional e instrumental, actitud y aptitud para ese cambio que parece demasiado lejano, y sin embargo a mi juicio ya existen al menos los pre conceptos iniciales para iniciar ese paso indispensable. Estas se encuentran de alguna forma en los pliegues finiseculares del viejo paradigma y las viejas prácticas como en los conceptos y prácticas del uso alternativo del derecho y la teoría crítica del derecho, además de en esas otras miradas que, ampliando sus disciplinas pasan de la reducción práctico disciplinar al pensamiento complejo y a la radicalidad holística de las prácticas participativas, ecológicas e inclusivas.

A fuerza de parecer pretencioso, y éste ejercicio de deconstrucción con énfasis en las vías de salida en más de un sentido lo es, me parece que para iniciar ese debate es posible señalar a lo menos los siguientes puntos iniciales que permiten asomarse a la puerta de la post imputación y subsunción como mecanismos de resolución de conflictos.

Aquí unos apuntes para empezar éste debate:

Primero. El Derecho debe asumir que lo que llama bienes, cosas, medio ambiente, recursos, no son un afuera, ni siquiera un entorno diferenciable sino que parte del mismo proceso continuo de existencia, en que los sujetos y su contexto están en una vinculación no disyuntiva sino de reciprocidad permanente, de prestación mutua interdependiente no contractual sino vital. **No es posible seguir**

**concibiendo un sistema de derecho sobre la lógica de la cosificación de lo viviente.**

Asumiendo entonces que la relación no es lineal ni de forma a cosa, sino que se trata de una interacción de organismos vivos, la relación no puede ser de reglamentación de acceso, uso y transferencia de los recursos sino un proceso de uso por interacción, en que los sujetos dejan de ser abstracciones formales y pasen a ser para el derecho entes contextualizados en esas interrelaciones, de manera que la posición de los sujetos debe señalarse no por sus posiciones formales (propietario, poseedor, arrendador, etc.) sino por sus posiciones de situación momentánea que debieran ser limitadas por los efectos permanentes de sus decisiones de acción, sobre la naturaleza y los otros que coinciden en su espacio vital, siempre ecológica y socialmente vinculados y afectados.

Dado que no se trata de cosas sino de interacciones, los sistemas de decisiones, de interacción de conducta, tecnología y relaciones de alteridad que se producen en sociedad no pueden tener el carácter de relaciones estancadas, definitivas ni fijas, sino que se trata de repercusiones de sistemas de poíesis permanente, de manera que en sistemas móviles e inestables todas las relaciones deben manejarse con tales caracteres. Desaparece así la pretensión de institucionalizar las relaciones, fijarlas formalmente y establecer derechos adquiridos.

**Segundo. Se necesita una **sustitución de la fragmentación por el presupuesto de integralidad.****

Hasta ahora el derecho ha considerado las cosas como divisibles y fragmentables y aquellas cuestiones que las reúne para garantizar su totalidad (como el valor probatorio por ejemplo) indivisibles para evitar pérdida de sentido. Sin embargo debe considerarse que, así como al menos en la teoría se ha llegado a plantear la indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos en sus distintas generaciones debe vincularse la relación derechos humanos - desarrollo con el estado de la naturaleza, incorporando la indivisibilidad de los derechos a la integralidad del espacio y del tiempo, para asegurar continuidad circular en la mirada sobre los recursos de la relación social, de manera de proteger mediante una figura

similar al argumento retórico de lo que se llama *generaciones futuras* una protección efectiva respecto del presente.

Tercero. Se requiere además entonces no solo indivisión lógica e integralidad espacio temporal, sino además **completud de mirada sobre las relaciones y los conflictos**, al punto de establecer que ya no se trata de problemas de propiedad, o de preferencia de derechos o de decisiones de adjudicación lineales, sino de situaciones de efectos circulares, en que los conflictos adquieren dimensiones simbólicas, sociales pero también ambientales, como ocurre con la guerra y la pobreza a gran escala, pero que adquieren también un nivel de cotidianeidad esencial de atender. Si como sabemos en base a las experiencias y estudios sobre pobreza y medioambiente, los problemas ambientales no son solo causas de conflictos violentos, sino también consecuencia de éstos<sup>1225</sup>, al aplicar esto a la conflictividad cotidiana del derecho en el espacio local y nacional nos encontramos siempre ante situaciones multicausadas y recursivas que requieren para su solución también de una mirada integral y plural sobre sus causas y los instrumentos de acción sobre ellos. Si el derecho pretende mantener el rótulo de procesador de conflictos no puede desatender a los límites micro difusos de esa relación.

Una intervención de esa magnitud significa incorporar con preeminencia de los principios tradicionales del derecho (formalidad, propiedad, certeza, etc.) otros que den cuenta de la complejidad, como son los de **producción socio jurídica compleja** sustentada sobre una “cultura de derechos humanos no reducidos a una sola de sus formas de implementación: la jurídica. Dicha cultura de derechos humanos tiene más que ver con la materialización de deberes continuos y diferenciadas luchas de dignidad humana, pero sobre todo de permanente cuidado de los entornos ambientales, pero también sociales, relacionales y emocionales de los involucrados, y que tienen lugar en espacios conectivos necesarios de garantizar. De ésta forma el **principio de alteridad colectiva intergeneracional e ínter espacial** se sobre pone a los principios de certeza y propiedad. Solo es posible ello si se adoptan otros tres principios adicionales esenciales: el **deber de protección y**

---

<sup>1225</sup> Bordenave Sofia y Picolotti Romina. *Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos el 16 de Octubre del 2002.* [www.cedha.org.ar](http://www.cedha.org.ar). 14 de Abril del 2009.

**promoción de sustentabilidad** ambiental y social en nuestras relaciones con el medio y sus habitantes, **el deber de precaución** que actúe en contra de la lógica tradicional de prohibiciones y permisos rescribiendo principios jurídicos que no consideran la finitud de lo vivo, como ocurre con la idea de que todo está permitido si no existe una prohibición expresa que lo limite. Una comprensión compleja de la realidad por parte del derecho no puede solo sustentarse sobre las ideas de lo prohibido y el castigo subsiguiente sino sobre una responsabilización colectiva y permanente de lo social y lo biológico circundante; se trata de construir un **principio de responsabilidad continua** de los involucrados, incluyendo a los que generan el conflicto y a los que deciden. En efecto, no es posible concebir la responsabilidad solo como sanción o pena, es decir a posteriori, sino como una circularidad continua, en que cada momento de aseguramiento o violación se agrega a los demás.

Esto implica pensar en el momento de las decisiones a la apertura de etapas posteriores de revisión de lo resuelto y de corrección de las situaciones. Pero también cambiar las concepciones del tiempo lineal por uno a la vez circular y permanente, en la línea del eterno retorno, y del espacio como un continuo de parámetros y no de perímetros cerrados

Lo anterior nos lleva necesariamente a tener que replantear también la actitud y aptitud de los operadores en toda la línea de producción de las relaciones jurídicas, desde los aplicadores de sus espacios formales –abogados, jueces, funcionarios, etc. – como de los sujetos que construyen y se interpenetran en las relaciones sociales. Estos son los que se mueven en ese entorno, en ese tiempo y en ese espacio formando parte de la naturaleza, de las relaciones físicas, bioquímicas, ecológicas y socialmente complejas, pero que a su vez intervienen en, desde y con ella.

Pensar otro derecho impone como deber a los operadores jurídicos el pensar de ésta forma no lineal, formalista ni patrimonialista sino de manera radicalmente participativa, colectiva, inclusiva y relacional. Eso permitirá no solo rediscutir el aparato gnoseológico y criteriológico de comprensión, sino también re-movilizar el instrumental que disponemos dentro de las formas y más allá de ellas. Permítaseme poner solo dos ejemplos posibles:

a) En materia judicial incluso al momento de dictar sentencia resolviendo un punto, el juez puede poner un plazo judicial, permitido por la ley, para evaluar los resultados y efectos de lo sentenciado y convocar a las partes a este nuevo momento procesal, que abriría a su vez puertas para rediscutir el alcance de la idea de sentencia firme y ejecutoriada versus efectos y necesidades resueltas, postergadas o anuladas.

b) En materia de resolución de conflictos los operadores jurídicos deben plantearse estrategias de minimización del espacio cerrado y monista de la norma al espacio pluralista y líquido del espacio social, reponiendo la soberanía jurídica en la comunidad generadora de derechos mediante formas de acuerdos y/o conquistas no necesariamente institucionalizadas ni formalizadas. Tratándose de colectivos no formalizados y en conflicto, los pactos y acuerdos que se suscriben para cimentar su solución poseen un cierto estatus jurídico que debe ser precisado.

Eso implica **pensar una sustentabilidad no solo ambiental sino a su vez social**, en que los sujetos no serán definidos por sus posiciones de poder normadas, como es el caso del sujeto jurídico civil, esencialmente propietario, sino definirlo de un modo más concreto que abstracto, mediante acciones sociales que favorezcan la emergencia y desarrollo de nuevos actores y movimientos sociales, entendiendo que una sociedad se enriquece y se hace más sustentable mientras mejor exprese las distintas miradas y aproximaciones frente a la realidad. El sujeto jurídico está también por reinventarse en relación de lucha de dignidad y acción de sustentabilidad circular, abierta y participativa.

El desafío es complejísimo, es cierto, pero por eso de una riqueza incalculables y abierto, no tautológico como el pensamiento jurídico moderno hegemónico. Ya hace unos veinte años Manuel Jacques alertaba de esta complejidad ante los nuevos desafíos para los abogados cuando escribía que era necesario crear un servicio legal transformador que reorientase los conflictos entre necesidades y normas hacia un conflicto de satisfacción e insatisfacción en un derecho de corte finalista en ese sentido.



Señalaba al respecto:

“Dicha ordenación dice relación al campo de conflicto de las necesidades con la estructura jurídico/institucional vigente....debe ordenarse y referirse, a su vez, al sistema económico entendido como la forma de apropiación, concentración y distribución de los bienes y al sistema sociopolítico, entendido como el tejido organizacional y su relación con los niveles de distribución del poder”<sup>1226</sup>.

La problemática hoy se ha expandido además en el campo del conflicto civilización naturaleza, lo que vuelve necesario plantearse otra vez la pregunta acerca de la justicia, eficacia y sustentabilidad del paradigma moderno y sus modelos de apropiación capitalista. La respuesta a esa pregunta por parte del pensamiento jurídico dudo se encuentre dentro del circuito cerrado de la norma y la imputación que establece como un “es” en definitiva impuesto por imperio su imputación. Cuando todo cambia, cuando la modernidad de sólida se vuelve líquida como dice Baumann, cuando la incertidumbre se vuelve un principio como sostuvo Werner Heisenberg y los tsunamis quitan todo los pisos y murallas, el derecho no puede permanecer impávido a menos que quiera volverse definitivamente inútil. El desafío es pensar la realidad de otra forma diferente a ésta como meros recursos apropiables, sino apreciarla en su complejidad total en ese repensar; el problema y su desafío me parece es mayor, no solo adaptar las instituciones, normas y discursos, sino frente a estos desafíos pensar otro derecho.

Pensar un nuevo derecho requerirá cambiar la linealidad por la circularidad, la imputación por una pregunta sobre los límites de posibilidad de la orden que en su imperativo entrega, adquirir y decidir en base a una perspectiva que se pregunte por los efectos lineales de corto, mediano y largo plazo como también por los efectos previsibles y susceptibles de organizar en la conectividad de las acciones y en la extensión no meramente causal de las decisiones. Sin una discusión y una elaboración comprometida con la multicausalidad, tanto del pensamiento jurídico como de sus instrumentos, de las interpretaciones y la puesta en práctica de estos,

---

<sup>1226</sup> Jacques Parraguez Manuel. *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. En “El Otro Derecho”. N° 1. Bogotá. ILSA. 1988. Página 38.

se corre el riesgo de quedar atrapados en una línea del tiempo comprensivo y político que no corre a la altura de los desafíos.

Si bien aquello parece ser de una dificultad mayor para el pensamiento jurídico no por eso deja de ser necesario el tener presente la tarea. Siempre es mejor intentar producir innovaciones y prever aún dentro de lo limitado que pueden resultar sus efectos que insistir en herramientas que no dan cuenta del asunto como las únicas posibles. Así, se deberá ampliar el sentido y la lógica misma de la producción jurídica a nivel de fuentes, de instrumentalidad, de decisión y operacionalidad. Un nuevo derecho deberá reclamar la validez de los espacios cotidianos e intersticiales en toda escala sin dejar de validar la universalidad, aunque ya como una perspectiva de sentido antes que una de certeza.

Si se pretende trabajar sabiendo que las decisiones producen efectos que en su deriva no siempre son el reflejo fiel de lo esperado originalmente, el derecho debe admitir la posibilidad de reversibilidad de revisión, disminuyendo la importancia de la certeza, a la vez que revalidando la irreversibilidad de la historia para hacer avanzar las segundas y terceras decisiones sobre un hecho en sentidos distintos de los ya revisados. Los operadores jurídicos deben ser exigidos en la creatividad y no en la repetición. Se trata de cambiar la forma misma de pensar la concurrencia de lo jurídico frente a los hechos y a los fenómenos a los que se enfrenta y sobre los cuales intenta operar.

Nuevamente el problema se nos presenta es el de la producción de lo real. Dado que la realidad está compuesta de elementos imposibles de aislar de forma simple, tanto las conceptualizaciones, las decisiones y las articulaciones instrumentales sobre los fenómenos requieren de una percepción y una intención de complejidad y ya no de una acción de cierre formal reductivista. Desde un punto de vista hermenéutico por ejemplo, se requiere interpretar los estatutos y los derechos y garantías que en ellos se contienen no confundiendo los principios de distinción con el de disyunción. Para efectos analíticos de los problemas sus elementos pueden ser aislados, el problema es más bien como reunirlos nuevamente de manera que vuelvan a ponerse en movimiento y no a congelar el momento de la decisión como el último posible.

Toda decisión jurídica requerirá tomar en cuenta el detalle que toda organización y toda decisión que sobre ella se tome adolecen y se beneficia siempre de su inestabilidad ya que necesariamente toda realidad cambiará, se quiera o no. Ello abre paso a la necesidad de plantearse permanentemente instancias de revisión de lo decidido, de lo obrado y nuevos acuerdos, pactos y decisiones sobre los hechos, sujetos y entornos afectados e involucrados en las decisiones. **Del principio de imputación se requiere pasar a uno de la causalidad compleja.**

Esto implica, por cierto, un proceso de apertura, mutación y recreación de la lógica jurídica, su concepción de la causalidad y de la imputación como modo lineal causal de aplicación, a la vez que reductivo en el análisis. La lógica formal, en la que se inscribe la acción dogmático jurídica, basa la producción de su conocimiento en la abstracción y en la definición previa de los conceptos y no en una lectura de los datos materiales que para sobre esa recopilación de antecedentes producir una definición aproximativa; esto solo se incorporan para establecer cuál de esos marcos de definición conceptual le son aplicables, no para definir a partir de éstos los marcos de conocimiento y producción de resoluciones apropiadas. Esto es exactamente lo que tiene lugar en el marco de la subsunción de los hechos en los marcos normativos: la indagación se centra en los conceptos, en determinar naturaleza jurídica, estatutos de regulación y no en la lectura de la confluencia de causas, antagonismos y recursividades que hagan abarcable la diversidad de la biodiversidad y de las interacciones sociales y medioambientales. Sin embargo, sabiendo ya que la morfogénesis y la poiésis vital es un acto multiconcurrencial, y sin que necesariamente el pensamiento jurídico pueda llegar a abarcar la complejidad y poliformidad de las interacciones que nos plantean la biología y la física, teniendo presente que las partes y el todo funcionan ya no por causalidad simple ni por imputación si no por recursividad, me parece que el derecho puede abrirse a ese modo de conocer/hacer a partir de comprender que la pretensión de centralidad y de reduccionismo mono causal es imposible, y que las posibilidades de trabajo de un nuevo derecho pasan por asumir formas de producción poli céntricas y poli lógicas.

Tal como nos lo recuerda Edgar Morin la complejidad es un permanente juego de unidad y diversidad, en una conjugación permanente de ambas agregándose

mutuamente riqueza cualitativa, donde a su vez “la organización de un sistema es la organización de la diferencia. Establece relaciones complementarias entre las diferentes y diversas partes, así como entre las partes y el todo”<sup>1227</sup>, produciendo a la vez mas diversidad y mayor organización, que no es sinónimo de unidad. Esto que fue originalmente pospuesto por el pensamiento jurídico en aras del objetivo de unidad nacional como aglutinador y productor del orden, en tanto proyecto y consolidación del mismo, parece haber sido olvidado por la teoría jurídica posterior, que ha acabado imponiendo el orden sobre la organización dinámica, olvidando que el universo social es poli céntrico y los mecanismos de acción sobre él son y pueden ser poli lógicos, ordenándose de manera recurrente en base a orden/desorden/organización, en mutuo proceso de producción y destrucción. No existe en consecuencia, incluso para producir momentos tendenciales de unidad, un solo centro ni un solo modo de uso instrumental sobre las acciones y las interacciones; todo evento es único y repetible solo relativamente antes que en su producción monótona acabe provocando la destrucción de si sentido vital. Si la complejidad está en todas partes no existe un adentro y un afuera sino formas de traspaso del orden al desorden que se manifiestan en su proceso, que es, precisamente, el momento del juego de sus alternativas múltiples, se su diálogo.

Una organización jurídica que en sistemas de cada vez mayor especialización y polifuncionalidad continúa acentuado en el orden y en la reducción de su aparato comprensivo pierde el diálogo y con ello disminuye su flexibilidad para la producción de soluciones sustentables respecto de sus propios equilibrios. El ignorar las acciones y el entorno provoca nuevas reglas del juego que conlleva la fragilidad de sus involucrados. Así como el derecho buscó originalmente provocar sociedad en torno a un orden de diferenciaciones intranacionales mínimas, las presiones de la diversidad acumuladas en su interior amenazan con provocar cada vez más cambios de reglas de producción que lo vuelven insuficiente e inútil en su capacidad de recursividad morfológica. Contra lo sostenido por las teorías funcionalistas y sistémicas no es la mayor diferenciación y especialización forzando unidad sistémica lo que provocará recreación de los equilibrios de sobrevivencia, sino el aumento de

---

<sup>1227</sup> Morin, Edgar. *El Método. La naturaleza de la naturaleza*. Ediciones Cátedra S.A. 1999. Madrid. Página 141.

las posibilidades de intercambiar y hacer circular sentidos, interacciones y organicidades múltiples.

En ese sentido, caóticamente productivo de organización y de armonía morfo génica, todo razonamiento lógico debe velar por mantenerse en verdad como un acto dialógico, en qué orden y desorden interacción y organización concurren a su vez sobre un hecho, de manera que se trata de tomar decisiones y acciones aproximativas y reconstruibles que en ese juego de posibilidades produzcan aseguramientos y no seguridad. No puede olvidarse que lo importante no es diferenciar cosmos y caos sino producir su efecto de kairos de manera razonable y sustentable, sin olvidar que la tensión entre sus sentidos de con-implicancia es una parte del movimiento vital.

Se requiere para esto, como señalamos, una nueva teoría del sujeto, que dé cabida a una sucesiva serie de aproximaciones, encuentros, desencuentros e implicancias entre el sujeto observador y conceptuador de la realidad y el objeto conceptuado, lo que puede lograrse obligando como parte del ejercicio de razonamiento a la pregunta del como me afectaría a mí como decididor o como interventor una decisión de tal o cual sentido, y que en la escrituración y constancia expresa de esa respuesta quede de manifiesto la responsabilidad que el operador jurídico asume en la trama de realidad sobre la que actúa. Si se sabe cuál es la responsabilidad probable de tal o cual acción sobre tal o cual decisión, se abre la posibilidad de discutir no solo sobre lo que debe o no hacerse sino sobre sus implicancias y resultados esperables, ampliando el abanico retórico de lo discutido. Nuevamente los principios de responsabilidad y de sustentabilidad reaparecen, obligando a ser incorporados expresamente en el debate del derecho y los derechos.

Así, a la manera en que la Teoría de las necesidades humanas que fue expuesta por el Desarrollo a Escala Humana, el establecer categorías de decisión aparece muy importante. Ya tenemos algunas categorías que ordenar en tablas conceptuales de trabajo, como son el del ser, la existencia, la materialidad, la relacionalidad, la finalidad, la precaución, la responsabilidad, la colectividad, la

conectividad, la factibilidad y la necesidad pueden servirnos para trabajar al respecto.

Imaginemos por ejemplo para el razonamiento y la toma de decisiones y la planificación de acciones el que tengamos que llenar una tabla compleja e interrelacional de sus elementos a la manera siguiente antes de resolver en definitiva sobre tal o cual cuestión:

Tabla 5. Tabla interrelacional de razonamiento jurídico complejo.

<b>Conflicto</b>	<b>Categorías</b>	<b>Ponderación justificada</b>	<b>Decisión</b>	<b>Efectos previsibles</b>	<b>Momento de revisión posible.</b>
<b>Sujetos:</b> Quiene s, con descripción de si son individuales, colectivos, permanentes, etc.	<b>Ser.</b> Situación en que cada sujeto se presenta a primera revisión.	Relacionamien o de orden de los elementos.	Fundada.	Directos par los Sujetos involucrados.	Beneficios y oportunidades esperables.
<b>Intereses:</b> Pretens iones explícitas de cada uno.	<b>Existencia.</b> Condicione s de vida de cada sujeto a propósito de la situación de conflictividad discutida.	Combinaciones posibles de reordenamiento .		Para el entorno Inmediat o de cada uno.	Efectos en los sujetos vs. Efectos esperables.
<b>Necesidades:</b> situación material de cada uno frente al problema.	<b>Materialidad.</b> Estado social y propietario de los sujetos y bienes involucrados. Posición y disposición social de cada uno.	Decisiones posibles para la elección.		Consecuencias medioambiental es	Efectos de entorno versus los esperables.
<b>Situación temporal:</b> Historia de origen y desarrollo del problema.	<b>Relacional idad.</b> Tipos de relaciones entre los sujetos, tales como subordinación, dependencia, explotación, asociatividad, etc.,	Fundam entos de la elección de una de las decisiones posibles: beneficios y oportunidades esperables.		Consecu encias sociales esperables.	Consecue ncias medioambientales reales.
<b>Marco territorial espacial.</b>	<b>Finalidad:</b> Necesidad es explícitas que cada sujeto requiere satisfacer.	Dificultades ponderadas de tal elección.		Consecuencias y obligaciones institucionales.	Consecuencias sociales detectadas.

<b>Bienes involucrados:</b> Enumeración, situación de cada uno, posesión sobre cada uno.	<b>Precaución:</b> medidas aplicables para evitar aumentar el conflicto mientras se trabaja su resolución-				Estado original de los sujetos vs. estado actual
<b>Bienes disponibles:</b> Susceptibles de transferencia, negociación o dejación por cada sujeto.	<b>Responsabilidad</b> . Acuerdos y/o imposiciones de hacer y no hacer sobre cada sujeto mientras se resuelve el conflicto.				Grado de satisfacción de las necesidades.
	<b>Colectividad.</b> Número de involucrados/afectados Por el conflicto y eventual decisión.				Verificación de cumplimiento de precauciones y responsabilidades.
	<b>Conectividad.</b> Formas de comunicación entre los sujetos involucrados.				Formas de comunicación desarrolladas post decisión entre los sujetos involucrados.

Se trata no de una mera agregación de elementos en sumatoria descriptiva, sino de un verdadero salto cuántico que agregue a la exposición necesaria para su lectura la fundamentación, racionalidad y resolución de una manera concurrencial participativa y recursiva en espiral de sus propios elementos.

Pensar otro derecho implica entonces pensar de otro modo las relaciones de complejidad de los conflictos, los sujetos, su entorno, las relaciones institucionales y las decisiones eventuales. Pensar otro derecho es pensarlo de otro modo.

### **Participación y decisión.**

Otro topois central en la crítica al paradigma jurídico moderno es el de la participación. En un modelo de estado y de derecho centralizado, regulado jerárquica y hasta panópticamente, en un proyecto de saber en que la posesión de la verdad excluye a aquellos que no la poseen o al menos que no adhieren plenamente a sus postulados; en que el modelo social y económico dependen de la participación en el estatus propietario; la ciudadanía en el cumplimiento de los requisitos de inclusión y la moral de comportamiento social en la adhesión a pautas de normalización, en un sistema de inclusión en que el acceso al mundo de la formalidad depende de conocimientos que permitan esa comprensión; y donde los límites de esa episteme así como de las decisiones políticas en torno al modelo de producción hegemónico marcan la pertenencia a una clase, un estrato o una red de relaciones, el problema de la participación se vuelve esencial. En el paradigma que denunciamos, organizado binariamente, por el solo hecho de adoptarse una posición se verifica el acto de exclusión de cualquier otra posición contraria e incluso diferente. La cuestión es cómo esto es posible, como participar y decidir en un esquema de interacción donde todo se construye en base a adhesiones formales o a inclusiones esporádicas en que la mantención de ese estatus de participante o está suspendido, como en la ciudadanía política, o depende de capacidades económicas, como en el mercado.

La ciudadanía en los modelos políticos que hemos conocido es una inclusión por autorización pero no un ejercicio real de soberanía. Es cierto que en la medida que los estados han aumentado en población y las ciudades se han expandido la posibilidad de una democracia directa para las decisiones de mayor envergadura se vuelve dificultosa y ello parece reafirmar solo como posibles formas de representatividad antes que de decisión presencial. Ello, a pesar de las experiencias reales de los países comunistas, hace profundamente actuales y probablemente aún más que antes las críticas que durante mucho tiempo la izquierda realizó a la democracia liberal burguesa, en cuanto a que la representación en los cargos decisorios implica una suspensión de la soberanía, dilatando en el tiempo entre actos de delegación de mandatos su ejercicio y reforzando la mediación entre la forma política institucional y la soberanía popular. Pero también es cierto que las experiencias de los socialismos reales deslegitimaron esos fundamentos al



transformar en aún más difusa la idea de ciudadanía al entregarle su representación al partido único, y en que no obstante pudieran haber coexistido con formas de participación semi directa, piramidal o barrial, estas acababan siempre resumidas en las decisiones de los partidos oficiales, ocasionando grados de atrofia social que en definitiva, al derrumbe de los regímenes y con la aparición de formas de dominación fundadas en las redes de capital, reemplazaron las decisiones unipartidistas por una pluralidad de cúpulas delictuales que generaron su propio tejido clientelar.

La pregunta que ese proceso histórico impone a los sistemas políticos y la organización jurídica es cómo conjugar la ciudadanía representativa con formas cada vez más profunda de democratización, con el fin de disminuir los lapsos de inejercicio de la soberanía, de aproximar a los ciudadanos a las decisiones, de aumentar los controles sobre los cargos de decisión elegibles, de aproximar la soberanía hacia los espacios de habitación cotidianos y de producir legitimidad en las resoluciones, no solo permitiendo sino además dando sentido al que las personas puedan y quieran participar percibiendo su utilidad y efectividad. De alguna forma, es cierto, la tecnología electrónica permite correcciones al déficit de acceso temporal a las acciones participativas de la democracia formal y que la apertura de espacios y formas democráticas restablece la participación en las segundas, sin embargo ello no es tan claro como se presume ni constituye ni reemplaza a diseños jurídicos e institucionales democratizadores auténticamente participativos.

El problema de generar instituciones, formas y espacios de participación tiene que ver no solo con los instrumentos ni siquiera con las intenciones, sino con el concepto profundo de lo denominamos como participación.

Si la participación es, como se le señala, un elemento esencial de la democracia como sistema de relaciones sociales, se trata entonces no solo de un derecho sino de un requisito de esencia, es decir de aquellos elementos que son requisito de existencia, validez y eficacia de toda situación de juridicidad, de toda obligación social y sus respuestas. Su transversalidad hace que no pueda ser tratada como un derecho más sino como un eje paradigmático orientador y de

sentido de todo el sistema de derechos de una sociedad democrática. Por ello no admite cuantificación positivista ni basta la formalización legal sino que se requieren actos de construcción y reconstrucción, de otorgamiento y de apropiación permanente, sin las cuales ninguna política pública es realmente democrática.

El afirmar una idea fuerte de participación requiere fijar su sentido, pero también las formas de medición, los parámetros e indicadores de su contenido, la extensión de sus posibilidades. Porque precisamente una manera de evitar la fuga de soberanía que los modelos lineales y abstractos de estructuración política y jurídica de las relaciones sociales resienten, dice relación precisamente con los elementos de verificación de juridicidad y espacio temporales de producción social que venimos repitiendo a lo largo de éste trabajo. El primero dice relación con romper la abstracción conceptual profundizando en sus significado profundo y estableciendo variaciones de sus significantes para así, en la conjunción de ambos procesos, construir mecanismos e instrumentos de validación del concepto mediante su verificación dinámica y flexible, entendiendo que no se trata de un todo o nada sino de grados de participación que pueden ampliarse o restringirse según las acciones de los sujetos en su hacer dentro de instituciones que admitan, a su vez, permanente ampliación y adaptabilidad de su objetivo. Lo segundo y que dice relación con lo anterior está referido a un proceso que se inicia ejecuta, verifica y vuelve a ejecutarse, contemplando las nuevas circunstancias que su modificación de estado original ha producido, de ésta manera se establece un circuito en espiral de la legitimidad en la producción de procesos sociales.

El concepto de participación requiere, para establecer una visión concreta de acciones y satisfactores adecuados, hacer claridad acerca de él, ya que se expresan y comprenden en él las ideas de información como suficientes para dar por cumplido o satisfecho el derecho. Resultan necesarias ciertas precisiones al respecto:

El denominado derecho de participación, así como todos los derechos, requiere no solo de su descripción y enunciación formal, sino una práctica efectiva, una perspectiva de construcción y apropiación constante por parte de los sujetos a los que se menciona como sus actores. Lo anterior supone que no es el Estado el

que debe aparecer como protagonista y sujeto activo de los mismos, sino que deben ser los sujetos los que realmente actúen en torno a ellos. De ésta manera junto con analizar la efectividad de políticas y planes en torno a los derechos, deben analizarse las posibilidades de uso autónomo efectivo por parte de los sujetos, y la producción, en ese ejercicio, de voluntad de participación acompañada de voluntad de poder. Si la participación no se percibe como productiva y productora de efectos, carece de sentido.

Con ello, respecto del Estado, se ponen en discusión su rol y tareas de cumplimiento. Desde un punto de vista estrictamente liberal institucional la labor del estado es enunciar y proponer las políticas, desde un punto de vista social sin embargo, si se le concibe como un garante de esos derechos en la realidad y no en la formalidad, su legitimidad se juega en la medida en que no solo da a conocer los derechos y diseña políticas, sino además en cuanto remueve efectivamente los obstáculos para su efectivización. Pero ésta garantía de derechos ya se aparte de la matriz liberal y abre interrogantes acerca de las formas organizativas de esa garantía de derechos que no puede producirse en las formas liberales que conocemos, como lo demuestran el punto de inestabilidad de los sistemas protectores semi garantistas de Europa occidental. Tampoco las formas centralizadas y excluyentes de la diversidad que conocimos nos aproximan. La cuestión es más bien como cambiar y radicalizar las experiencias sin olvidarse de sus polaridades negativas.

En torno al concepto de participación circulan otros, que se relacionan con él, que individualmente lo constituyen pero no lo completan, que ponen a los sujetos en calidad de expectantes antes que de sujetos con capacidad real de apropiarse de su cotidianeidad; se trata de factores negativos, aparentes, inhibidores incluso si no alcanzan a completar su potencia. Circulan en su entorno los conceptos de información, opinión, expresión, movilización y decisión. Es desde los elementos, de su posición de conectividad hacia el sentido democratizador como de su disposición en el proceso, desde donde podremos definir, concretar y medir la participación.

En las definiciones más formales y corrientes encontramos las siguientes:

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define Participar<sup>1228</sup>, (Del lat. *participāre*). Como: 1. intr. Dicho de una persona: Tomar parte en algo. 2. intr. Recibir una parte de algo. 3. intr. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona. *Participa de sus pareceres*. 4. intr. Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos. 5. Dar parte, noticiar, comunicar.

A su vez, al googlear el concepto en internet por ejemplo [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) nos remite a participación ciudadana que expone de la siguiente forma<sup>1229</sup>:

**“La participación ciudadana** se relaciona principalmente con la democracia participativa y directa. Está basada en varios mecanismos para que la población tenga acceso a las decisiones del gobierno de manera independiente sin necesidad de formar parte del gobierno o de un partido político.

Otra de las formas de lo que significa la participación ciudadana es a través de Organización no gubernamental las cuales pugnen por ciertos temas sociales sin sustituir en las funciones del gobierno sino evaluándolas o apoyándolas.

También relacionado con la Democracia deliberativa, en cuanto a poner a discusión los temas de importancia de los ciudadanos en foros organizados o por otras vías.

Últimamente, organismos estatales forman consejos ciudadanos para la administración o evaluación de las políticas públicas. Formados de ciudadanos interesados y expertos independientes.”

El diccionario on-line de Ciencia Política denominado “Ciudad Política. Ciencia Política”<sup>1230</sup> señala que participación (política) “Es la actividad voluntaria e intencionada de un individuo en asuntos políticos para tratar de influir en los mismos. Puede incluir una gran variedad de conductas, como atender a la información

<sup>1228</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=participación](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=participación) visita 16 Abril 2009.

<sup>1229</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Participaci%C3%B3n\\_ciudadana](http://es.wikipedia.org/wiki/Participaci%C3%B3n_ciudadana) visita 16 Abril 2009.

<sup>1230</sup> <http://www.ciudadpolitica.com/modules/wordbook/entry.php?entryID=27> visita 16 Abril 2009.

política, votar en las elecciones, ser miembro de un partido político, aportar fondos a causas políticas, realizar tareas de campaña, intervenir en algún movimiento social o formar parte de algún grupo de presión; desempeñar algún cargo político, o tomar parte en análisis y discusiones ya sea en el hogar o en el trabajo; asistir a manifestaciones y mítines o ser parte de motines, plantones, marchas, huelgas de hambre, etc. Es importante porque quienes no participan es probable que disfruten de menos poder.”

Y agrega de forma muy interesante para lo que vengo planteando que:

“En general, pueden distinguirse cuatro niveles de participación política:

1) Apáticos. No participan,

2) De espectador o de presencia. Es la forma menos intensa y más marginal. Se refiere a la sola presencia de un sujeto en reuniones o la exposición a mensajes políticos, a afiliarse a un partido, votar e intentar influir en otros. En este nivel no se hace ninguna aportación, se es receptivo.

3) De Transición. Se trata de personas que desarrollan una serie de actividades dentro o fuera de una organización política orientadas a ejercer influencia o a hacer proselitismo, como contactar funcionarios, contribuir con dinero a las campañas, participar en mítines, marchas, etc.

4) De contendiente. Se refiere a la participación activa en pro o en contra, como ser voluntario en una campaña, organizar y dirigir acciones de partido o de grupo, coleccionar fondos para causas políticas, ser candidato u ocupar un cargo público o de partido.

Es amplio el catálogo de definiciones, ideas y situaciones que van a determinar la participación y con ello el rol pero también la importancia que se atribuya a uno u otro sujeto social implicado, como a los objetivos y al espacio en que la acción participativa se desarrolla. En consecuencia, como requerimos establecer una instrumento amplio de comprensión de lo jurídico que capte tanto la

formalidad como la legitimidad sustancial de los procesos, que se extienda a los procesos institucionales pero también a las relaciones de los sujetos, me parece necesario el intentar establecer un cierto sentido de la participación que a partir de una ciencia impura y compleja del derecho permita trabajar con ella aplicando el criterio participación a las esferas político institucionales, a las relaciones intergrupales e ínter subjetivas, a las socio jurídicas organizacionales y a los espacios hermenéuticos que digan relación con el cumplimiento de cartas de garantías y estatutos que contemplen el punto.

Así, voy a conceptualizar la **PARTICIPACIÓN** como una actividad esencialmente relacional, de posición y disposición de sujetos y acciones sobre su entorno y espacios donde ella debe recaer; que se constituye en la medida que contiene esfuerzos parciales y siempre completables de información, opinión, expresión, movilización y decisión, articulados siempre en torno al criterio de decisión como manifestación de una soberanía efectiva, como elemento de cierre, reapertura y completud del proceso.

Para decirlo claramente, no hay grado mínimo de participación sin grados mínimos de decisión efectiva sobre aquello en que se participa; lo demás es ejercicios de métodos de interacción e intercambio pero no participación. **Participar es decidir.**

La importancia de establecerla de esta forma me parece en que reúne conceptos como los ejemplificados, pero a su vez permite efectuar las transiciones interdisciplinarias e ínter espaciales de juridicidad que es imprescindible tener siempre de vista para no perder la totalidad del proceso cultural que conlleva sus aspectos políticos y jurídicos como continuos interactuantes y no como disciplinas o espacios profesionalizantes separados y que excluyen en su ratio a los sujetos de necesidad y acción que en ellos participan.

De ésta manera es importante afirmar con radicalidad que toda participación es siempre y antes que todo una actividad, un ejercicio de constitución y de institución del proceso de interacción en que se produce, y que ello conlleva siempre la actuación de sujetos quienes admiten y son admitidos, intervienen y son

intervenidos, ejecutan, disponen y son objeto de disposiciones en ese proceso de conectividades y comunicación, de co-postulación y choque de fuerzas, de concurrencia de intereses y necesidades a su resultado.

Ello hace que la participación como actividad, como acción, sea siempre esencialmente relacional, distinguiéndose así polos de mayor o menor exclusión, de más amplia o más reducido acceso a las posibilidades de efectuar esas conexiones, esas interacciones, como a su vez posibilidades de subordinación o emancipación en esa confluencia. Por lo mismo al hablar de participación debe atenderse en los distintos momentos de la concurrencia a la posición efectiva y no formal de los sujetos, a las relaciones de dependencia, subordinación y jerarquía entre estos, a las disponibilidades de fuerza y de capacidades de expresión de sí mismos y no solo a las igualdades formales. Pero a su vez implica atender en el proceso y resultado de esa interactividad a la disposición de los sujetos, es decir a la forma como una vez establecido su lugar ellos lo asumen para su permanencia o para su modificación posicional, a las condiciones que lo permiten y la voluntad de poder en que continuaran desarrollando las acciones. Esa acción y disposición implica contextualizar siempre, coyunturizar la teoría y la practica sobre esas acciones, atender a su inserción, permanencia y efecto de cambio sobre el entorno definido por estos sujetos para la ejecución espacial concreta de la interacción donde ella debe recaer.

No puede olvidarse entonces su dinámica, el cómo lo participativo se constituye no en un solo acto, no en una línea de constitución directa sino en un conjunto de acciones de afección y a su vez retro-afectivas, que el ejercicio de la participación contiene siempre esfuerzos parciales, sucesiones de momentos en que se verifican sus condiciones, que los espacios y etapas de condensación de las decisiones son siempre a su vez instantes y a su vez movimientos de lugares y módulos completables de sus indicadores, que pueden constituirse e irse constituyendo, avanzar y retroceder, modificarse. De allí la importancia de poseer indicadores de verificación de la participación como proceso, de manera de poder medirla tanto por su proceso, por su resultado como por el complejo sistema que ambos forman.

Así, señalamos como indicadores los siguientes:

- Información.
- Opinión
- Expresión
- Movilización.
- Decisión.
- Cierre, reapertura y completud del proceso.

Observemos a continuación la siguiente tabla que contiene y constituye esos indicadores de grados de participación y de categorías ejemplificantes de verificadores que permiten concretizar y contextualizar la participación como espacio. Una tabla de éste tipo, siempre perfectible puede permitirnos mejorar la comprensión de la situación social y jurídica determinada, ampliando el conocimiento complejo de lo real y material de ella, a la vez que servir de base para realizar razonamientos jurídicos tanto de análisis como decisorios como los que representamos en la tabla multi-comprensiva del apartado anterior.

Tabla 6. Indicadores y verificadores del derecho de participación.

CONCE PTO INDICADOR	VERIFICADORES.
Informa ción	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Publicaciones extensivas de divulgación de políticas (revistas, periódicos, etc).</li> <li>• Publicaciones breves de información (boletines, folletos, afiches).</li> <li>• Publicidad audiovisual.</li> <li>• Publicidad callejera.</li> <li>• Charlas o talleres informativos.</li> </ul>
Opinión	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Talleres participativos de opinión.</li> <li>○ Focus groups.</li> <li>○ Encuestas.</li> </ul>



	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Cabildos o asambleas.</li> <li>○ Plebiscitos o referéndums no vinculantes.</li> <li>○ Parlamentos comunales o regionales de opinión.</li> </ul>
Expresión	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Boletines autogestionados financiados por el Estado.</li> <li>▪ Proyectos autogestionados de comunicación financiados por el Estado.</li> <li>▪ Talleres o encuentros autogestionados financiados por el Estado.</li> <li>▪ Asambleas o cabildos participativos.</li> <li>▪ Actividades espontáneas de manifestación en torno a la autoridad.</li> </ul>
Movilización	<ul style="list-style-type: none"> <li>□ Marchas o mítines autorizados.</li> <li>□ Marchas o mítines no autorizados.</li> <li>□ Acciones colectivas espontáneas.</li> <li>□ Acciones colectivas planificadas.</li> <li>□ Actividades de manifestación y/o movilización reprimidas y/o disueltas por la autoridad.</li> </ul>
Decisión	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Comisiones resolutorias con participación de los afectados.</li> <li>➤ Asambleas o cabildos con participación de los afectados.</li> <li>➤ Plebiscitos o referéndum vinculantes.</li> <li>➤ Parlamentos locales o regionales decisorios.</li> <li>➤ Presupuestos participativos.</li> </ul>

Durante la modernidad el derecho ha sido apreciado básicamente en su dimensión institucional, ya sea burocrático o normativo, reduciendo sus formas a la ley y al contrato. Con ello en lo primero la participación ciudadana queda determinada por la estructura político administrativa y en lo segundo se le permite ser un legislador amplio en una relación restringida. Es necesario afirmar sin embargo que juridicidad es mucho más que esos límites de operabilidad. En efecto, esos solo han sido los límites privilegiados por un sistema jurídico determinado y co construyente de un sistema político de mediación y de un modo de producción de acumulación privada, que ha subsumido, opacado o excluido a las otras formas de producción jurídica; las que sin embargo no desaparecen.

Resulta imprescindible darse cuenta de ésta situación precisamente porque en la esfera de la institucionalidad pública es preciso pensar cada vez más amplias formas de participación orientadas a una soberanía de decisión y no de

representación. Sin embargo no es tan fácil pensarlo respecto de las formas contractuales y judiciales, donde pensar en mayor participación social pudiere parecer una desnaturalización de esos espacios. Cabe al respecto advertir que ello sin embargo no es así, incluso en esos espacios es posible mejorar los niveles de decisión informada y de injerencia en los resultados formales de ese tipo de relación jurídica.

En materia contractual, frente a la cada vez mayor imposición de contratos de adhesión propuestos desde la multiplicidad de servicios que se ofertan en el mercado, el derecho tiene todo un campo de trabajo interpretativo y de resguardo de los principios tradicionales del derecho, que en la esfera de un mercado que subsume al derecho privado en la *lex mercatoria* y desnaturaliza incluso el liberalismo teórico de sus supuestos. Me refiero a que principios que parecían esenciales para el funcionamiento del derecho contractual bis a bis como la buena fe, la causa lícita o el enriquecimiento sin causa. Para participar y resolver soberanamente en la vida jurídica se requiere a lo menos una situación de igualdad relativa a la concurrencia, lo que no ocurre. De ésta forma una reducción de la fuerza del contractualismo de adhesión y el control de las condiciones de las partes de manera que efectivamente ninguna de las partes pueda incluir a la otra en un sistema de reglas sin respeto de principios mínimos es una tarea que la hermenéutica, la jurisdicción y las prácticas de derecho pueden y deben realizar dentro de la esfera contractual. Hay todo un campo de debate/acción sobre la democratización del contrato por realizar, sabiendo que hay formas de control difuso y ex-post ya existentes, como en materia de bienes de uso público o derechos del consumidor, pero que queda por establecer todo un sistema de control sobre la forma de esa concurrencia una vez que se han iniciado los primeros acercamientos contractuales antes de su formalización. Con vocación democratizadora y creatividad garantista y preeminencia de principios jurídicos interpretados a la luz de derechos constitucionales y de derechos fundamentales, lo que se ha venido en llamar derecho privado tiene allí un amplísimo campo para su reconstrucción y rescrituración.

De la misma forma podría operarse en materia judicial. En efecto, desde hace ya mucho que existen en ella espacios de participación mínima denominadas

ciudadanas, que van desde las experiencias de jurados hasta aquellas obligaciones procesales en torno a la posibilidad de ser escuchadas las partes antes del momento de decisión: la obligación de escuchar a la víctima en materia penal o respecto de los sindicatos en las llamadas prácticas antisindicales; o a familiares y a los propios niños en la justicia que los afecta. Sin embargo una vez cumplida esa escucha se tiene por cumplido formalmente un requisito que para la decisión debería ser fundamental. Esto no es tan difícil en la medida que teniendo éstas partes derechos establecidos en estatutos conocidos, su opinión en la materia debiera ser incorporada al ámbito de la decisión judicial, obligando a los magistrados a dar cuenta razonada de ellos y de su aceptación o exclusión en la decisión y de los fundamentos que ha tenido a la vista para ello. Se incorporaría así la opinión de las partes a la discusión de los expertos y permitiría, al menos mínimamente, ampliar el debate jurídico y democratizar su discurso. Esto que ya existe como principio activo en materia de derecho internacional de los derechos humanos en que se permite concurrir a la persona natural víctima al Tribunal puede ser aceptado y asumido dentro del campo de los discursos en debate dando a sus argumentos subjetivos la calidad de argumentos de lógica no formal que deben ser sometidos a debate en relación con el espacio normativo que los implica. Una vez más aparece que la democratización de los discursos jurídicos y su lenguaje es una opción radical de apertura de la juridicidad a la realidad.

Pero la juridicidad no termina allí. Esos han sido los márgenes que la estatalidad ha permitido institucionalizar al derecho y legitimado como las únicas posibles, sin embargo que existen otras que efectivamente concurren y se manifiestan y la labor de un nuevo derecho es, además de afirmar sus existencia como hasta ahora ha hecho la crítica jurídica, buscarles un lugar dentro del campo de la juridicidad coaxial legitimando su existencia, declarando su validez y buscando formas para su eficacia.

EL mundo social, desde las prácticas comunitarias tradicionales o las formas barriales hasta las expresiones abiertamente políticas de los movimientos sociales está lleno de experiencias de participación política de democracia directa que deben ser reconocidas e incorporadas. Si los vecinos, comunero o movimentistas han tomado decisiones sobre su entorno no es posible simplemente desconocerlos sin

garantizarles validez y legitimidad. Si se quiere puede trabajarse en parámetros de legitimidad que les permitan acercarse a cuando y como ser reconocidos, mínimos de debates aceptables, mínimos de participantes y votaciones, etc. Pero un sistema jurídico que pretenda la incorporación de la sociedad en su debate debe admitirlos primero, garantizarles una participación a lo menos equitativa en las decisiones de la autoridad sobre los espacios en que se afectan y el respeto y compatibilidad de sus decisiones sobre todo aquello que signifique pluralidad de decisiones sobre su espacio territorial. Así como en las experiencias de los presupuestos participativos se abrió el campo a la co-decisión con los municipios y ayuntamientos es posible pensar cada vez nuevas y variadas experiencias. Las decisiones de los órganos sociales son decisiones jurídicas soberanas que deben ser dotadas de peso y eficacia.

Piense además que si ello ocurre se replantean a su vez todas las formas de relaciones sobre las fronteras ya no físicas sino de sistemas jurídicos que es necesario relacionar y redefinir en su interacción. Mientras esos micro-sistemas jurídicos no sean reconocidos se seguirá actuando con la lógica de imponer las únicas decisiones formalmente válidas, las de la autoridad institucional. Sin embargo el reconocimiento de sistemas jurídicos existentes, distintos en sus características, su morfología y su densidad, obliga a pensar las formas de articulación y de respeto, lo que significa un reconocimiento a la alteridad jurídica integrada.

Sobre estos existen ya experiencias históricas en otros contextos de desarrollo y bajo otros modos de producción (parlamentos entre conquistadores y nativos como en el derecho indiano, conjugación de espacios jurídicos en el derecho romano), pero no puede decirse que sea una fantasía. Esta nueva lógica policéntrica permite pensar en un nuevo sistema de sistemas para la juridicidad, en que lo importante es como se vinculan estatutos propios y estatutos compartidos, sistemas jurídicos con autoridades interactuantes y las fuentes compartidas del derecho. Participación implica decidir no necesariamente sobre todo sino delimitar los espacios de afección entre densidades institucionalidades y espacios compartidos donde comunidad, estado y mercado se encuentran, por usar la terminología de Boaventura de Sousa Santos.

El reconocer otras fuentes del derecho que las estatales y otras formas pactistas que los contratos, como convenios, cartas de compromiso, permite ciertamente desarrollar formas de vinculación en los sentidos participativos que vengo señalando. Lo mismo debe ocurrir con las garantías que sobre esos acuerdos y sus cumplimientos se aceptan. Piénsese que si por simple atribución de la ley se reconoce a ciertas obligaciones en que su prestación es de hacer, una fuerza obligatoria judicial, cuando dicen relación con objetos patrimoniales de la obligación, no existe ningún fundamento serio para no conceder fuerza obligatoria a las prestaciones de hacer no patrimoniales sino que dicen relación con el desarrollo de los espacios de afección entre lo institucional y lo social, como aquellas formas innominadas en la legislación pero que son acuerdos semi o cuasi contractuales entre autoridades y otros órganos sociales, ya sea por compromisos adquiridos por esa autoridad, o por otras entidades hacia ella, para con ella o entre sí; todo este campo de acuerdos que se adoptan para resolver puntos de fricción, que eso es el conflicto jurídico, pueden ser tratadas de manera preeminente por un derecho pluralista y participativo a partir de generar efectos de las obligaciones contraídas y no cumplidas para los actores.

Un ejemplo permite entender como ello sería posible. Es habitual que para suspender movilizaciones sociales y conflictos entre sujetos sociales, públicos y privados se llegue a acuerdos de compromisos de que hacer por cada uno. La autoridad promete pero no cumple, se deben establecer formas de sanción personal y patrimonial para la persona de la autoridad y para esa institucionalidad que promete pero no presta; si son los colectivos los que adquieren compromisos de ejecución de actividades o de desarrollo de formas de organización para puntos específicos, su no cumplimiento puede suspender el acuerdo. De esta forma la comprensión del derecho como un juego de obligaciones recíprocamente iguales o equitativas adquiere dimensión también en los espacios de afección social.

**Un derecho materialista y finalista.**

Señalamos a su vez en más de una ocasión que un nuevo derecho requiere a su vez transformar su carácter normativo y formalista a una concepción materialista y finalista del derecho. Esto requiere una aproximación constitutiva de la idea.

Producto de la evolución histórica que culmina con Kelsen y posteriormente los neo-positivistas, el derecho fue concebido y reproducido esencialmente como norma, es decir como juego de imputación producto de la forma histórica del Estado como uniproducción del derecho y los ciudadanos como sujetos a quienes se les somete a una lógica de obediencia obligatoria sustentada en el carácter formal de la institucionalidad jurídica. Para poder obtener ese tratamiento, el derecho moderno se ha construido sobre una doble abstracción, la de establecer sujetos formalmente iguales sin reconocer y resolver acerca de las diferencias de situación social y de poder entre ellos; sustentando a su vez la estructura burocrática en una legitimidad igualmente formal de validez de la norma y sus efectos por adecuación a otra jerárquicamente superior y una aplicación también formal de la misma, que cumple con la aplicación del derecho en tanto aplica la norma y resuelve en base a los criterios procesales y sustantivos que ésta misma contiene, que al no diferenciar convierte a la normatividad en formalidad y así sucesivamente en un cierre tautológico de mensajes que excluye a los destinatarios del juego como de la posibilidad de incorporar criterios distintos a esa razón a la que están obligados. Lo anterior se traduce entonces en que el origen, proceso y fin del derecho encuentra justificación en sí mismo en tanto subsistema, excluyendo todo otro proceso diferenciador en base a su especialización sistémica. Las preguntas acerca del contenido ético, social y político del derecho entonces son dejadas fuera, naturalizando el tipo de relaciones sociales que se encubren en la forma y en la norma.

Otras relaciones jurídicas en la sociedad requieren bases de planteamiento distintas, que reduzca la forma a estructura discursiva sometida al uso de topoi en una producción de sentido no tautológica y que asigne a la norma el carácter de parámetros de asignación o discusión según su espacio social y/o institucional de uso.

El derecho, en tanto que escenario de poder y de saber continuará siendo una forma de producción de verdad, esa mirada compleja abarcará también nuevas

formas de producción de verdades complejas y múltiples. Frente a la ideología legalista como expresión del formalismo y de la concepción formal de justicia que señala como creencia convertida en presupuesto el hecho que la verdad se encuentra en la ley, que toda verdad es normativa y toda resolución una aplicación del precepto, toda vez que excluye a los actores y destinatarios del proceso jurídico transformándolos de sujetos de derecho en objetos de norma. Afirmar un derecho nuevo implica afirmar el principio de comunidad en que esta es el productor no de verdades sino de afirmaciones aproximativas y situaciones de legitimidad y validez de sus propias realidades.

Si el derecho pretende servir de instrumento social a la construcción de derechos y responder sobre todo a su aspecto político organizativo, a su elemento esencialmente retórico de uso del lenguaje y las instituciones, y no quedarse como marco explicativo y operacional último solo en su construcción formal naturalista, centrado en el derecho de propiedad como fin orientador de la normatividad, debe mutar no solo de formas e instrumentalidades, sino esencialmente de sentido. Ello lleva a señalar a un nuevo derecho en una perspectiva materialista y finalista.

**El carácter materialista del derecho que denoto queda representado por el abandono del formalismo como criterio de entrada y salida del fenómeno jurídico, a cambio de su substitución por una consideración radical y permanente de la situación material de posesión o carencia de los derechos que están en disputa y sometidos a discusión.**

Permítaseme aquí una explicación de lo anterior que refunda parte de lo que ya hemos dicho. Cuando hablamos de materialismo durante este trabajo lo he hecho primero en un sentido epistemológico contrario a lo que denominé como *pensamiento del abstracto*, que corresponde a los sistemas de pensamientos que establecen marcos conceptuales propios y formalmente lógicos con independencia de los contextos sociales, culturales y en general relacionales dentro de los que operan; al establecer primero conceptos que se suponen definen la realidad, esta, como consecuencia, es leída siempre desde esos conceptos, agravándose el punto por cuanto se impone la visión conceptual sobre los datos mismos de realidad, disfrazando sus causas y consecuencias de impacto en la cotidianidad bajo el

doble manto ideológico de la visión reduccionista de la ciencia y de la ideología del observante, sesgándolos en un proceso de disyunción atomística que trata a lo que escapa de esos marcos conceptuales como anomalías. Contrario a aquello, cuando hablo de perspectiva materialista de conocimiento me refiero no a la ausencia de conceptos sino que a la existencia de éstos como parte de un campo comprensivo amplio y complejo, que permita aproximarse con una cierta idea a la recolección de datos empíricos sobre el contexto de realidad física, espacial, social o cultural con que se trabaja, y que al momento del análisis proceda no a subsumir los datos en los conceptos sino que a relacionarlos de manera de encontrar sus constantes, sus alternativas pero además para tratar las diferencias no como irregularidades sino como distinciones que permiten establecer, primero, que la realidad no es algo estático y ya dado sino que se construye, y segundo que la realidad está dotada siempre de una diversidad superior a toda definición conceptual por lo que las verdades no existen sino solo existen campos de posibilidades aproximativas en permanente re escritura.

Segundo, por cuanto basado en este paradigma comprensivo de lo complejo y de las interacciones, la sociedad es entendida no como un conjunto de relaciones dadas y naturales que se originan en mandatos divinos o en imperativos abstractos naturalizados en su aplicación. Al contrario, entiendo a la sociedad como un conjunto de relaciones en construcción permanente, en que es la posición y disposición de los sujetos en relación con el modo de producción, los medios de propiedad, los satisfactores materiales, sociales, tecnológicos y culturales, existentes en su entorno, que son usados por ese modo de producción, los que determinan esas relaciones sociales, sus formas institucionales, así como los modos de conservación o de reconstrucción de la posición de cada uno de los sujetos en ese juego de interacciones. Emparentado con el materialismo histórico de raíz marxiana comparto con éste el que las relaciones no son ideales y predefinidas sino producto de esas formas materiales de producción de lo real, de manera que lo que define su mantención o variación es la importancia de los conflictos que entre grupos sociales diferentes operan; pero amplió la noción desde las diferencias de clase hacia la existencia de distintos grupos y conglomerados de interés que se relacionan en marcos de poder transversales, en el sentido foucaultiano, y que en consecuencia luchan por la subordinación o emancipación no solo en el campo económico sino



también en otras esferas relacionales como la ideología y la cultura, teniendo todas estas esferas una autonomía relativa y que se conjuga en proporciones diferentes en cada contexto, las que operan y se despliegan sobre y entre esas bases materiales de la sociedad. Donde el marxismo veía solo sub luchas de la superestructura, me parece que existen otros cortes conflictos que refuerzan y se conjugan con las diferencias económicas para producir subordinaciones múltiples. Soy en esto heredero del feminismo radical por un lado, de la biopolítica por otra, pero también del pensamiento post nihilista que cree en el hecho que la voluntad de poder es algo que se construye provocando, en esa permanente acción instituyente, a su vez nuevas acciones para maximizar y asentar su poder sobre las otras fuerzas, en una diferencia constituyente y, por lo mismo, soberana.

En tercer lugar he definido mi postura materialista en lo que he llamado *un sentido finalista del hacer práctica social*, en éste caso práctica jurídica. Se ubica esta perspectiva en el campo de discusión de los valores pre fundantes de un sistema de relaciones sociales, en tanto definen previamente que defender por los sujetos en el desarrollo de las formas relacionales e institucionales que estos construyen. Cuando he señalado que esa pre definición valorica es distinta a la de la propuesta capitalista, lo he señalado diciendo que allí los valores de libertad individual y propiedad de los medios de producción se refunden en el del derecho de propiedad y su libertad de disposición. Una propuesta materialista en cambio se basa en el reconocimiento de la existencia de diferencias sociales que, por subordinación de unos sectores sobre otros, provocan diferencias de acceso a los recursos y a los satisfactores de necesidades, y que en el dato objetivo de existir en cada caso necesidades humanas fundamentales insatisfechas, dificultan, entorpecen o anulan las posibilidades de desarrollo de los sujetos por cuanto esas distintas posiciones sociales se traducen en brechas de insatisfacciones permanentes, lo que vuelve necesario fundar como valor instituyente en una sociedad el de la remoción de esos obstáculos y la reconfiguración de la distribución de los satisfactores para ese fin, el de un equilibrio básico mínimo que permita pasar del individualismo a una sociedad de interacciones de alteridad efectiva.

Así, para el derecho esto significa en primer lugar la necesidad de trabajar un método diferente a la subsunción de hechos en un marco conceptual, sino en un

levantamiento de realidad que conlleve su determinación para elegir, de entre todos los estatutos disponibles, una opción y una acción que mire efectivamente a la solución de insatisfacción que la origina, con independencia de su fuente y jerarquía. El conocimiento de los hechos y del derecho obliga además a establecer un tercer o cuarto nodo de una red de interacciones teórico prácticas que implica establecer un campo comprensivo que signifique la posibilidad de discutir la conveniencia en base a los supuestos de solución esperados y no a una imputación que lleve implícita y sin demostración el ser – a la vez- la única y mejor solución para el problema.

Lo anterior, es complejo y sin embargo posible porque el conocimiento allí no es acumulativo en sentido lineal sino en perspectiva relacional. Por una parte ese es el desafío que hemos señalado como la epistemología base de una nueva juridicidad, lo que obliga a transformar los derechos que se enuncian en un producto no formal sino medible, a la manera que lo expresamos para la participación como valor concreto, lo que implica definir y establecer indicadores de concreción para cada uno de ellos, cosa que ya se hace en otras disciplinas de intervención social. El reconocer que el derecho y los derechos que éste contiene se traducen en condiciones concretas y apreciables, de determinación relativa, asumiendo medidas nunca cerradas sino aproximativas y ajustables en virtud de los objetivos trazados por los actores, verificadores cognoscibles en cuanto a la posición y disposición social a su respecto de los sujetos, bienes y relaciones que los permiten u obstaculizan, lo que significa transformar al derecho en una ciencia activa de contenido real y material y no en un discurso de enunciados inmodificables.

De la misma forma, superar la formalidad implica dotar al derecho de un sentido finalista más allá de la reproducción de la forma y con ella del criterio de posesión como la definición de cada sujeto y sus relaciones sociales.

Una base para comenzar esta discusión es retomar la idea expuesta por Manuel Jacques hace ya muchos años en cuanto a que:

“Una concepción finalista de entender el derecho como instrumento que tiene por fin último y bien jurídico proteger al hombre y la satisfacción de sus necesidades fundamentales, comprendidas éstas en un sentido amplio y alternativo del otro desarrollo. Orientando su

aplicación a posibilitar su cumplimiento, generando estados de conflicto con el sistema político institucional jurídico, social, económico y normativo vigente de insatisfacción”<sup>1231</sup>;

pero una vez más radicalizando también esa idea llevándola no a la definición valorica de una finalidad que se sugiere antológica, que así dicha parece quedar dispuesta como con una cierta expresión de iusnaturalismo en movimiento, de cierta forma aproximándose a un pensamiento jurídico-realista, sino yendo a su raíz de valor detrás del valor como diría Deleuze, lo que significa asumir el finalismo no como horizonte de sentido sino como voluntad de poder, como horizonte estratégico de fuerza a ejercer, de afirmación a exigir y componer, de posesión de soberanía políticamente y jurídicamente efectiva. De ésta forma ésta idea de finalismo no es tanto un principio de ética como un axioma político de voluntad de poder, destinado a obtener no solo un reordenamiento desde arriba, sino sobre todo una capacidad material, territorial y simbólica de apropiarse de la materialidad y de las expresiones semióticas y culturales que en ese ejercicio de darse cuenta, aproximarse y asirse de los satisfactores emanan.

Pensar otro derecho requiere no plantearse las necesidades humanas como valor sino como mecanismo de verificación y validación de la legitimidad, y las acciones necesarias para ello como horizonte de poder, como acto de poder, como apropiación y acción directa de disputa y construcción como su posibilidad.

### **Perímetro y parámetro. Del cierre a la apertura jurídica.**

La apertura de lo jurídico a la complejidad requiere adicionalmente transducir las coordenadas espacio temporales del pensamiento moderno que ubica toda posibilidad de acción dentro de una linealidad histórico progresiva y enmarca todo ejercicio de la juridicidad en una jurisdicción de intervención de límites, definidos a la manera de las fronteras del estado productor, es decir en coordenadas de cierre, de modo que el pensamiento jurídico se estableció como un derecho perimetral de

---

<sup>1231</sup> Jacques Parraguez, Manuel. *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. En “El Otro Derecho”. N° 1. Bogotá. ILSA. 1988. Pág. 32.

demarcación de lo permitido y de lo prohibido, de lo que debe y no hacerse dentro de un determinado espacio, lugar y tiempo. Es por ello que al acentuar la necesidad de vigilancia las doctrinas persecutorias y carcelarias han podido introducir dentro de esos márgenes teorías panópticas, de tolerancia cero o de control militarizado del territorio para enfrentar conflictos sociales. No se trata solo de mentalidades represivas, sino además de una característica estructural del derecho moderno que sirvió de abono para ellas a la vez que coloca siempre la discusión de los derechos en la esfera tensionante de lo permitido y lo prohibido estableciendo barreras de paso y no de translación. Frente a eso creo necesario imaginar otro derecho inclusivo, participativo, integrador, colectivo, perceptivo, precavido y responsable, uno en que ya no estemos dentro o fuera sino donde los sujetos puedan decidir donde estar, removiendo los obstáculos que lo impidan. Un derecho no del absoluto sino de la relación.

Es preciso entonces recapitular para hacer esta distinción de posibilidades en torno a las aperturas y cierres simbólicas y territoriales.

Hemos señalado en los apartados anteriores la necesidad de romper con la linealidad del tiempo jurídico para instalar la circularidad en los procesos de producción de derechos; de la misma forma hemos incorporado las dimensiones de la materialidad y de la finalidad explícita de las necesidades humanas como horizonte de poder y de verificación de los derechos; a continuación completamos esa nueva radicación material temporal del derecho señalando a la participación orientada a la decisión de las situaciones como característica fundamental de un derecho que disminuya al mínimo su carácter mediador y a cambio aumente al máximo los principios de acción directa y de comunidad. Se requiere sin embargo a lo menos un paso más allá para iniciar una verdadera transducción de la modernidad jurídica.

Tal como sabemos, el derecho moderno fue constituido y desarrollado a partir de la figura del Estado, de manera que resultaba natural que en su diseño y operacionalidad se articulase sobre una noción espacio temporal que discurre entre fronteras establecidas y una linealidad de tiempo que pudiese abarcar esos confines, a la vez que constituyendo aparatos que diesen cuenta de esa forma de extensión;

de allí la formación y distribución de las legalidades nacionales y las jurisdicciones de autoridad. De ésta forma lo que caracteriza a esa distribución espacial es el territorio y una pretensión de continuidad de presencia en él de las instituciones, que constituya una soberanía instalada ideológicamente en la permanencia de estas, en una especie de omnipresencia que además lleva en sí una suposición de capacidad de intervención y de resolución sobre los problemas.

Hoy es necesario definitivamente repensar ese paradigma, por cuanto buena parte de la ineficacia del derecho para los problemas cotidianos, colectivos y de necesidades fundamentales provienen por un lado de las características altamente propietarias y formalistas del derecho liberal capitalista, pero por otro definitivamente de estas estructuras de construcción tempo espaciales que se han hecho de alguna forma imposibles ante las nuevas formas globalizadas y sus impactos en la vida cotidiana.

La soberanía territorial original del paradigma moderno implicaba, al menos simbólicamente, fuerzas capaces de desplegarse en él, que aunque no presentes si se presentaban como capaces de llegar y de marcar decisivamente su presencia, como lo hacían gobernadores y ejércitos quienes eran incluso esperados y percibidos como presentes<sup>1232</sup>. Las fronteras nacionales, imposibles de poblar en su extensión y a las que se llegaba por proximidad y despliegue fueron ideológicamente construidas como presencias permanentes como una forma de señalar la necesidad de ejecutar formas de control sobre los recursos y las poblaciones, como una manera de acentuar la posesión soberana a la vez que acabar con *la costumbre* del nomadismo que dificultaba el modo de producción capitalista naciente. Ese mismo imaginario se traslado luego a las ciudades y espacios de demarcación intranacionales, a la policía como instrumento de control de desplazamientos, a la burocracia administrativa como inventariador de las acciones, recursos, radicaciones y movimientos. Esa lógica ha sido alterada profundamente, sin invalidarla

---

<sup>1232</sup> En la nueva geopolítica militar este principio sigue estando presente pero de una manera diferente. En tiempos en que la política se ejerce de manera burocrática pero a la vez con decisiones presenciales tomadas a distancia, los ejércitos han perfeccionado su forma de desplazamiento poniendo, en primer lugar, grupos tácticos reducidos y altamente operativos capaces de llegar en tiempos breves a los lugares de eventual conflicto, que se adelanten al desplazamiento masivo de tropas. Si bien en definitiva puede, en caso de operaciones militares, a la larga no diferenciarse demasiado éste modelo del anterior, si la forma de iniciar ese desplazamiento supone una comprensión del tiempo y del espacio diferente a los de la soberanía tradicional.

completamente, por las formas de incidencia remota de las acciones globales, tanto para el control territorio como para el manejo e influencia en las decisiones que sobre los espacios se toman. Las formas fijas de gobierno pierden su importancia si no cuentan a su vez con alianzas y formas diversificadas de tomar decisiones y de intervenir sobre su zona de influencia, modificando con ella no las reglas mismas, pero si –y esto ha demostrado que la eficacia jurídica dice relación con esto- las relaciones entre sistemas de reglas, su preeminencia y sus formas de concurrencia.

Hay a lo menos tres fenómenos que rompen definitivamente con ese paradigma moderno de la juridicidad territorial estricta como posibilidad de operabilidad: la reorganización del territorio global a partir de la irrupción de transacciones transnacionales, la expansión intensa y extensa de la vida intranacional y la irrupción de tecnologías que instalan el tiempo instantáneo como realidad no solo virtual, aunque ésta sea su manifestación.

Por un lado si bien es cierto las guerras continúan siendo por recursos, a partir de la masificación de la racionalidad global éstos ya no se encuentran adscritos más a territorios soberanos sino a esferas de intereses globales ya ni siquiera centrados en ultra soberanías imperiales sino derechamente en centros de decisión económicos, financieros, políticos y militares conjugados, de manera que por cada uno de éstos actores se han generado formas de control sobre los recursos diversos a la sola ocupación, operando directamente pero también mediante sistemas de reserva de espacios de utilización potencial como en una re escrituración del tiempo de acceso y explotación de los mismos. El decisionismo global sobre los recursos y sobre las actividades que en relación con ellos se despliegan vuelven inoperantes los conceptos tradicionales del derecho, público y privado, sobre las formas de relación interpersonales que están inmersas en los razonamientos. Mientras el mundo de la producción de lo real se organiza en red, en contratos blandos en cuanto a sus formas en que las sanciones se encuentran en la exclusión de las redes y proyectos de recursos, el razonamiento jurídico básico continua razonando sobre la adhesión contractual uno a uno.

Por otro, las nuevas tecnologías desempeñan una forma de ocupación de los espacios que provoca una densificación nunca antes vista sobre el uso de los

tiempos y de los contactos. Frente a ello la respuesta jurídica sigue siendo o la pasividad procesal o una red de administración burocrática que al centralizar las respuestas disminuye la eficacia del derecho que, reducido en sus tiempos formales, mantiene su certeza pero no coincide con los sentidos comunes del movimiento de las actividades sociales. Mientras las formas comunicacionales se vuelven instantáneas el derecho no logra explicar el por qué sigue requiriendo de un tiempo de reflexión, que es precisamente lo que lo hace indispensable frente a la instantaneidad de la movilidad permanente de las finanzas por ejemplo, que en busca de la maximización de vuelve irresponsable. Al continuar cercado en la especialidad reducida pierde comunicación con los destinatarios y el sentido de su pausa de razonabilidad frente a las decisiones es desentendido, se le percibe lejano en la solución y solo presente en la represión (que siempre suspende el tiempo en el momento del dolor) y por lo tanto arriesga cada vez más su eficacia.

A pesar de estas transformaciones, buena parte de la razón jurídica funciona aún anclada en los elementos cognitivos modernos que se vuelven difusos en una era que Bauman ha señalado como líquida; incluso al insistirse en las formas tradicionales de enseñanza y construcción del razonamiento jurídico, dejando a otras disciplinas como la economía, la ingeniería o la informática la reflexión sobre esas transformaciones, pareciera querer pasar por alto estas transformaciones sobre el conocimiento mismo, pensando adecuaciones reformistas antes que transformaciones a la juridicidad

Si uno revisa las respuestas necesariamente actuales que frente a las preguntas que éstos fenómenos han planteado al derecho como organizador social, puede apreciarse que una vez más el principal problema no es el de la adecuación de instrumentalidad, sino de la concepción profunda de la producción de la realidad. En efecto, frente a la rigidez de las fronteras y para adecuarse a los constantes movimientos de la población y los productos, legales e ilegales, se han abierto fronteras, se han establecido gobiernos locales más o menos próximos, se han establecido políticas de migración positivas para unos, negativas para otros, se constituyen tribunales de paz o vecinales y se rompen los tiempos procesales a partir de mediaciones, acuerdos, tribunales arbitrales entre corporaciones o grupos, mesas de trabajo, etc. En todos y cada uno de estos ejemplos se actúa desde el

punto de vista práctico como acercamiento y proximidad pero su eficacia no dependerá tanto de la velocidad de llegada sino tanto de los conectores que permitan saltar simbólica y prácticamente entre puntos como de la ratio que nos movilice.

Por ello es que resulta extremadamente útil para repensar el derecho fijarse no solo en los instrumentos y su operacionalidad sino atender antes que a ello al pensamiento que construye los dispositivos las decisiones de acción, ya que sin ello todo instrumento se expone a ser usado de modo controlador y no emancipador. Así, acoger ideas no estáticas ni rígidas, como las que aporta por ejemplo Milton Santos sobre la comprensión del espacio resulta apropiado para este repensar. Concebir las relaciones que en el espacio se dan a partir de las interacciones de sujetos, acciones y territorio, más la comprensión que los espacios no son solo territoriales sino de afección y virtuales, multiplicando en este aspecto los campos de acción es imprescindible.

En este sentido probablemente lo conveniente es tener de aquí en más a lo menos las siguientes cuestiones al momento de pensar toda relación de producción jurídica:

Primero, las fronteras nunca son reales sino convenciones o imposiciones, de manera que toda frontera puede ser producida, modificada, reordenada. Con ello toda interacción siempre ocurre en algún lugar accesible y aproximable pero nunca en un punto definitivo.

Segundo. Toda frontera es siempre frontera de intercambio, todo sujeto es siempre sujeto de corporalidad y vitalidad, toda acción es acción de intervención y producción de efectos cíclicos y capaces de recursividad.

Tercero: las poblaciones nunca son ni completamente sedentarias ni completamente nómades, por lo que un derecho para sujetos activos requiere incluir en su razonamiento sus características de movilidad histórica y posible. Basten un par de ejemplos: una familia con padres emigrantes probablemente traerá consigo un núcleo en condiciones de emigrar; aquellos sujetos que transitan entre espacios



rurales y urbanos se encuentran sujetos a espacios de juridicidad y de institucionalidad diferentes que requieren tratos diferentes.

Cuarto, los controles de flujos se vuelven siempre inestables, controladores, represivos y costosos. Los flujos requieren de condiciones de fluidez y de control de efectos y no de estancamientos y autorizaciones.

Quinto. Los espacios territoriales próximos son siempre puntos de afección entre sujetos, lugares, acciones y puntos de contacto de los individuos y grupos. En esos espacios las soluciones y relaciones nunca existen en estado de pureza sino que se caracterizarán por proximidades y continuidades de modelos, por lo que toda imputación, toda formalización y toda construcción que tienda a la pureza y a la inmovilidad adolece de mayor restricción operativa que una instrumentalización y una decisión de afectación.

Sexto toda acción que se ejerza sobre los sujetos, los territorios y los espacios, así como sobre sus fronteras de intercambio provocará efectos directos, mediatos y lejanos. La capacidad de previsión marcará sus transiciones, los instrumentos sus tránsitos, la responsabilidad la forma como se recupere esa acción sobre los momentos reproductivos y recursivos de la realidad.

Séptimo. El espacio territorial no es el único espacio posible ni disponible. Los espacios simbólicos y virtuales son también espacios reales aunque de naturaleza diferente.

Octavo. Todo derecho ha operado siempre sobre los espacios territoriales y simbólicos aunque exista opacidad acerca de sus nexos; y cada vez más en tanto se mantenga la cultura electrónica informática, también lo hará en, desde y para la virtualidad de la Web.

Noveno. Lo que se opera sobre uno de los espacios incidirá en los demás, pero nunca de la misma forma. El espacio simbólico incide siempre sobre los territorios, los sujetos y la virtualidad; el territorial marca la producción de lo simbólico

y su adopción por los sujetos; el virtual para actuar sobre lo real requiere combinaciones estratégicas con los otros dos.

Décimo. Todo espacio, todo territorio y todo lugar es habitado por alguien. Lo que ocurra, se haga o se diga por eso alguien depende de su posición, disposición y fuerza. Nunca hay neutralidad en las acciones y disposiciones.

Pensarlo de esta forma móvil trae consecuencias inmediatas y directas sobre las interpretaciones, las decisiones y las operaciones instrumentales del derecho. Romper la inercia, la estática y la inmovilidad de los pensamientos obliga a analizar contextos, a pensar efectos y la oportunidad, pertinencia y eficacia de las acciones y decisiones.

Un razonamiento del territorio es diferente a un razonamiento del espacio. Mientras el primero pone atención a los lugares, a los límites, a los instrumentos de cierre para el control, **un pensamiento del espacio atiende a las fronteras de intercambio**, a los instrumentos de relación y a las relaciones entre los sujetos que en estos espacios se encuentran; pero también al entorno, no confunde infinitud e inexactitud de los espacios con infinitud de los recursos y curvas de saturación de los entornos. Se vuelve un pensamiento responsable y atento a los movimientos y los resultados de estos, a sus efectos. La certeza es modificada por la seguridad aproximativa y la posibilidad de reordenarlos para obtener coherencia y sustentabilidad. En un pensamiento jurídico de los espacios la factibilidad y el error son siempre elementos del proceso y de los resultados, siempre puedan darse y tener lugar, las verdades y las estabildades eternas no existen, de manera que la reproducción de lo vivo exige reproducción de las relaciones y de la duración consecuente de las decisiones y las revisiones de las situaciones en sus marcos espacio temporales de mutación, adaptación y cambio. Se requiere un derecho menos estático y menos pensado, en que su densidad sea dada por su relación y revisión, por la producción de momentos de solución y no de estática de las órdenes e imputaciones.

Acostumbrados a pensar en la certeza, en los controles y en los cercos se ha hecho del derecho una producción de y para el perímetro de los sujetos y valores

consolidados en la juridicidad moderna de origen liberal burgués. En la sociedad moderna, que hemos definido como sociedad jurídico, el derecho normativo, formal y patrimonialista ha insistido en el orden, en la conservación y en la jerarquización de las relaciones sociales. Así el criterio normativo parece omnipresente y susceptible de abarcar, envolver y producir todas las situaciones sociales, incorporándolas y/o transformándolas (engulléndolas o subsumiéndolas en verdad) a la lógica normativa de abstracción y tratamiento forma con independencia de las igualdades o desigualdades sociales. El derecho parece rodearlo todo y estar a mano para aplacar todo conflicto, todo disenso, toda inseguridad, toda desviación. Estamos rodeados por lo jurídico en cuanto técnica, en cuanto tecnocracia, en cuanto ejercicio de control y disciplinamiento, en cuanto institucionalidad y lazo Inter.-subjetivo, en tanto poder y coacción. El resultado es que nos encontramos frente a un derecho que voy a denominar como **DERECHO PERIMÉTRICO** que nos encierra y vigila, a la manera de las cercas de una prisión o de una fosa que nos obliga o convence de vivir de una determinada forma.

En la lógica de los colonizadores era necesario levantar cercos en que los de adentro fueran los libres y los de afuera los presos para vivir (fuertes, ciudades empalizadas, etc.) y lugares en que los de dentro fueran los presos y los de fuera libres (cárceles, manicomios, regimientos, hospitales), con lo que producían un extraño y complejo juego de inclusión y exclusión en que el centro es definido por quien tiene el poder material y simbólico, con independencia de su ubicación real en el espacio geográfico. La geografía ha sido usada y manipulada para levantar ciudades o campos de concentración, para actuar conquistándola y apropiándose de todo o parte de ella estableciendo validez y legitimidad donde es la forma es lo que determina donde me encuentro y no la situación material.

Un nuevo derecho de la vitalidad, la potencia y la movilidad, que recoja los principios de un nuevo paradigma nos permite revisar nuestras propias acciones, conceptos y metodologías y reorganizarlas con creatividad según la necesidad y no a la formalidad. Hablo de un derecho que salta por sobre la niebla naturalista del derecho liberal moderno y permite hacer visible lo real de éste, de su saber-verdad-poder intencionada; imaginar éste nuevo derecho implica cambiar la mirada sobre lo jurídico, sobre lo social y sobre las relaciones que conforman esa episteme; implica

pensar de otro modo lo jurídico, asumir una disposición de subjetividad distinta desde una emocionalidad distinta para cambiar la interacción entre los elementos del derecho y entre los sujetos que son parte y entorno de éste a su vez.

Hasta ahora lo que hemos avanzado es hacia los postulados del derecho internacional de los derechos humanos, que sentando como principio el de la norma más favorable, sin importar la jerarquía de ella dentro de un ordenamiento jurídico, busca privilegiar a las víctimas; y en la medida que se ha avanzado en su aceptación se ha roto la jerarquización. Sin embargo precisamente su concepción víctimológica le impide pensar en la potencia. Frente a eso y nuevamente radicalizando decisiones que ya conocemos o intuimos, es posible construir un nuevo de derecho de corte distinto. Hablo de un sistema jurídico que denominaré provisionalmente como **DERECHO PARAMETRAL**; uno que no cerca sino que abre opciones de trabajo permanente, que permite decisiones, interpretaciones y acciones que se mueven entre fronteras y apuntas a los sujetos antes que a la cosificación y la certeza.

Atender a una forma de comprender los espacios sobre los que el derecho incide y decide diferente del territorial simple, así como la manera de hacer reflexión en torno a ello resulta decisivo para la validez y eficacia responsable del derecho. En lo cognitivo, lo reflexivo, lo interpretativo y lo operacional se hace indispensable una nueva manera de desarrollo de la episteme jurídica. Hasta ahora los juristas hemos estado acostumbrados a pensar en términos de certeza, de límite, de casuística que se reúnen con otras en el concepto y no en la analogía, de control y de causa directa y efecto puntual. Debemos pasar a pensar de modo complejo, en una perspectiva de campo, de analogía que construye su sentido no en la certeza de la solución exacta sino en una red de sentido que abarque situaciones similares y en que la respuesta a los problemas sobre los que recae su decisión se ubique en una perspectiva que soluciones cada asunto en especial pero que a su vez marque un sentido de desarrollo diferente al individualismo que, aun puesto en perspectiva, retorna siempre al atomismo. Se trata de construir un modo de pensar y hacer juridicidad en una relación de aproximación y entorno sobre las cuestiones y no una de ocupación de su espacio de conocimiento, intervención y resolución.

Al pensar el derecho y su intervención sobre la realidad de forma compleja se verifican interacciones y organizaciones epistemológicas y operacionales distintas a las que hasta ahora utiliza el razonamiento formalista: e expande primero la actitud gnoseológica frente a los fenómenos a los que nos enfrentamos, ya que el comprender que las causas de los hechos son a la vez múltiples nos obliga a trabajar con hipótesis multiconcurrentes, a la vez que a entender que la situación tiene variantes y latencias múltiples que son a su vez efectos y co-causas de aristas del problema que enfrentamos. Segundo, esto incide en la forma de analizar las interacciones entre las partes, de manera que cada solución será a su vez una producción de disposiciones y de dispositivos relacionales entre los sujetos que se desarrollarán y prolongarán en lo sucesivo, lo que a su vez cambia necesariamente la comprensión sobre el instrumental a utilizar desde el derecho sobre los problemas, en el sentido que una solución de mera imputación no alcanza a las múltiples interacciones requeridas y por lo tanto se debe pasar de las normas a una producción conjunta de sistemas de reglas, de lugares decisorios y de participación en la definición de los resultados esperables y de las decisiones sobre esos resultados.

Para estos desafíos la certeza, la casuística atomística, la imputación y la subsunción, que miran siempre a una focalización de la decisión, tanto en cuanto a la comprensión monopsódica de los conceptos dentro de los cuales debe producirse el razonamiento y la resolución, la reducción del caso específico desligado de su entorno, la forma de ordenar lo real primero ignorando la diversidad al ordenarle solo una posibilidad de producirse y luego reordenándolo bajo su sometimiento a su marco conceptual de interpretación impiden pensar el entorno, para lo cual, con independencia que un razonamiento jurídico deba enfrentarse a la resolución de una cuestión en concreto, para enfrentarse a ese acto debe siempre trabajar con un campo de visión más amplio y tener a la vista una red de interacciones y de sentido. El aprender a trabajar la diversidad, la pluralidad y la complejidad sin reduccionismos predefinidos es el gran desafío de un nuevo pensamiento jurídico.

### **Del patrimonio a las relaciones sociales.**

Afirmo que es posible pensar otro derecho sobre bases diferentes a los del derecho liberal moderno y que, al operarse sobre la episteme que lo aloja y la ratio jurídica que lo sustenta y no solo sobre los instrumentos de que dispone, por sus fundamentos y estructuración, puede adquirir un devenir diferente; y pienso en uno que a diferencia del derecho moderno valide su legitimidad y eficacia no por la forma y la fuerza monopolizada sino por su capacidad y efectividad en la satisfacción de las necesidades humanas. Un nuevo derecho tiene el desafío de volverse un derecho esencialmente relacional, mediante un doble desplazamiento del individuo a los sujetos de derechos y desde el patrimonio y sus contratos a las relaciones sociales.

No trato de decir que el derecho que hemos conocido no ha sido relacional, al contrario, sino sostener que siempre lo ha sido pero que ha operado solo en una doble reducción de coordenadas para obtener sus objetivos que ya estudiamos. En el sentido vertical ha privilegiado las relaciones de jerarquía/subordinación; en el sentido horizontal las ha restringido a las relaciones contractuales que tienen por demás su contenido en prestaciones traducibles en patrimonio. De este modo el derecho se construyó sobre el criterio de la norma, de derechos formales de base patrimonial, de atribución exclusiva y excluyente en el individuo atomizado en relaciones pareadas bis a bis. Hasta ahora toda la relación jurídica ha sido construida a la manera sistémica de integración cerrada, entre flujos individuales y patrimoniales conectados por la imputación obligatoria de la norma o del contrato, excluyendo todo entorno social y/o funcionalizándolo en beneficio de esta misma lógica. Por ejemplo, en los modelos de seguridad social de aportes compartidos, el esfuerzo queda sometido a la fragilidad de la insustentabilidad financiera precisamente por que intenta abrirse a fenómenos colectivos sobre una base, una red de intercambio y un sentido de funcionamiento absolutamente individual. Mientras en el sistema de producción e intercambio todo tiende el *ego-istmo* del consumo, la acumulación y la exclusión, los intentos de solidaridad contraponen a su vez lógicas y formas de interacción e intercambio distintas pero flexibles para controlar el problema de la acumulación del valor capital, preservando el valor social, por lo que en su solidaridad parcial terminan colapsando por inadecuación.

El punto es producir aperturas, develar opacidades y dar cabida plena y sentido total dentro de las relaciones jurídicas, sus obligaciones, prestaciones y objetos a todas aquellas relaciones que no son ni jerárquicas ni contractuales y que descansan sobre fundamentos distintos a los de la autoridad centrada en el mando y a los de la propiedad.

Pensar un nuevo derecho de relaciones y obligaciones múltiples y estratificadas, integradas antes que jerarquizadas, implica generar y probar nuevas formas de inter-relación que adquieran formalidad o vigencia en la medida que adquieren validez material, pero además pasa por elaborar formas de interpenetración e intercambio equivalente, que se formulen en la lógica de lo colectivo, en el sentido de la comunidad y en la perspectiva de las necesidades humanas como esfuerzos sociales y no solo de conexiones privadas individuales. Se requiere articular los espacios, produciendo no centros de verdad y seguridad sino nodos de equilibrio del sistema, orientando los recursos en una disposición distinta al de la sola iniciativa individual, abarcando ese espacio pero también los espacios de construcción y coherencia comunitarios. Pensemos un minuto en lo que desde éste punto han significado procesos llenos de una juridicidad alternativa como lo han sido en la historia las mancomunales obreras de fines del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX; o las experiencias de cooperativas de producción o de tierras comunitarias, los comedores populares, los grupos barriales permanentes, los movimientos sociales, los colectivos de arte y okupas, las fábricas sin patronos, etc.

En ellas se encuentra presente un alto grado de organización y juridicidad, de un signo absolutamente contrario al del modelo liberal contractualista, en que existe cabida para el momento individual tanto como para el momento colectivo, que adquieren mayor o menor densidad institucional según la capacidad y experiencia organizacional de sus integrantes, pero también según la necesidad de usar la flexibilidad en beneficio de sus objetivos y no solo la formalidad como apariencia de existencia. En todas estas experiencias han coexistido juridicidades internas y superpuestas, incluso en colisión con el orden jurídico estatal y central. Muchas de ellas incluso han llegado a tener existencia y estatutos legales y sin embargo su legalidad ha sido permanentemente contradictorias, antinómicas o anómicas respecto del orden jurídico general. Su viabilidad jurídica no dice relación con la

imposibilidad de su existencia o que el derecho no pueda darles acogida, sino precisamente en la falta de conectores relacionales de hermenéutica, de institucionalidad y de ratio jurídica que les permita efectuar el complemento de sus sistemas. La incapacidad de adoptar el pluralismo jurídico no es de carácter instrumental ni operacional sino antes que todo epistémico y especialmente ideológico.

En la perspectiva concreta de la producción de pluralismos jurídico se requiere replantear el tema de las formas, posponiendo su importancia a los objetivos de los individuos y grupos y mejorando en ese sentido innominado las maneras organizacionales y de expresión de las relaciones sociales, restringiendo las formas contractuales solo a intercambios de prestaciones pecuniarias y excluyendo de ellas a otros modos de interacción como los de pareja, los de familia, las vecinas, las laborales, las ciudadanas, las de los efectos y responsabilidades en el consumo, las que se dan entre grupos de intereses contrapuestos, etc. Lo mismo para la organicidad y las expresiones que adquieran los individuos, grupos, colectivos y comunidades. La forma al servicio de la sociedad y no al revés. Si se piensa bien esto no es tan difícil, pero requiere descolonizarnos de la forma contractual como primer momento del proceso cultural neo jurídico.

En este sentido la discusión se instala además en la necesidad de re-plantear el tema del Estado, la transferencia, la concentración de poderes y facultades y la noción formal del Estado de Derecho, para permitir una otra forma de interrelación entre los sujetos, individuales y colectivos, más allá del contrato y la apropiación, pero también de la soberanía jurídica jerárquica, con independencia de su concentración o descentralización, que son también parte de la discusión de recreación del aparato en que, junto con la función y lugar de colectivos y comunidades, debe verificarse la producción de otra juridicidad compleja.

Me parece que ello puede ocurrir en un principio al menos sobre pistas y sentidos mínimos que emanan de lo dicho:



A) La construcción de instrumentos jurídicos sobre la base del intercambio entre espacios jurídicos e intereses manifiestos, no entre individuos aislados y bilateralmente excluyentes como en el contrato liberal.

B) La incorporación de sentidos de precaución y entorno desde el inicio del proceso.

C) La incorporación de la noción de responsabilidad al entorno inmediato y al tiempo mediato en los procesos.

D) La producción de resultados con sentido de reconstrucción del espacio social de afectación y no de atribución individual.

E) La existencia de prestaciones sinérgicas no exclusivamente patrimoniales y su priorización y periodización.

F) La producción de institucionalidad local con capacidad de decisión efectiva sobre su entorno, sus recursos y en una conectividad de independencia con descentralización efectiva respecto del poder central.

G) La incorporación de los grupos, colectivos y movimientos articulados mediante la habilitación de espacios decisorios ad-hoc (vecinos en presupuesto barrial), institucionalidad convergente de ciudadanos individuales y grupales (cabildos y referéndum con exposición y debates obligatorios en asistencias territoriales previas), validación de formas decisionales comunitarias (asambleas establecidas regularmente, liderazgos comunitarios de legitimidad consuetudinaria como en comunidades indígenas o representaciones familiares), reconocimiento para la negociación de las decisiones internas de las organizaciones (como las asambleas o delegaciones en los movimientos sociales) de manera que sea esa una base de contrapartida legitimada en las negociaciones sectoriales, etc.

El proceso de apertura de espacios de participación efectivos, además de los tradicionales como los partidos políticos, gremios y sindicatos, debiera a su vez

producir permanentemente nuevas formas de organización y nuevos desafíos de reconocimiento e integración. Tampoco esto es un imposible ni una utopía sin lugar, si se piensa que por un lado las organizaciones son producciones más dinámicas de lo que la formalidad acoge, que entre ellas y la adopción de estatutos o modalidades validadas institucionalmente; y que por otro lado disciplinas como la antropología jurídica, la sociología jurídica y la ciencia política, se encuentran ya suficientemente desarrolladas como para detectar y establecer las condiciones de las organizaciones social y trazar horizontes que permitan en tanto mantengan ciertos parámetros de estabilidad, su articulación entre momentos y sistemas jurídicos coexistentes y colindantes.

Así cómo fue posible establecer para el derecho moderno un entramado institucional a partir de la unidad del sujeto como base del intercambio contractual, en que se han admitido como excepciones intervenciones colectivas, es posible pensar una situación de paridad entre ambos tipos de entidades como puntos de apertura y cierre de procesos de juridicidad mono y pluri estatutarias para los sujetos. La ya sola existencia de colectividad admitidas en un modelo esencialmente individualista demuestra que mediante un desplazamiento de elementos desde la autonomía total a la integración relativa, la consagración de sujetos colectivos y su fijación tempo/espacial delimitada en torno al conflicto a resolver, permite la construcción de un sistema jurídico pluralista, de múltiples estatutos de similar valoración, jurídica que no buscan imponerse ni superponerse sino articularse. Pasamos así de un derecho de la norma a un **derecho de estatutos pares en relación de interdependencia y afectación**, en que la forma de reorganizar los bienes y recursos se dan ya no en el núcleo de cada espacio sino en las fronteras de intercambio y en su constitución como núcleos temporales de certezas jurídica transitoria. La subjetividad individual y colectiva se relativiza para incluirse mutuamente en base a la participación, haciendo efectivo aquello que un nuevo derecho es un derecho de fronteras.

Si en experiencias históricas reales, como en el derecho romano o más recientemente en el derecho internacional se realizan procesos de intercambio jurídico, de construcción de nexos y vínculos obligatorios demandables, de garantías compartidas y en que los procesos de resolución y de cumplimiento se realizan

sobre estatutos amplios con espacios de concurrencia conjunta a la vez de principios, soluciones prácticas flexibles que a posteriori se construyen como garantías formalizadas y normas de contenido duro que se insertan dentro de ese marco de resolución que implica ora acuerdos ora transacciones, o bien reconstrucciones de acuerdos o soluciones imputativas, no existe ninguna razón para no pensar en la construcción de sistemas jurídicos estables sobre bases similares. De hecho donde existen grupos marcadamente diferenciados etnoculturalmente, o incluso en territorios con división de competencias, ya existen bases para ese sistema de integración jurídica que menciono como posible. Aceptado este criterio como mecanismo general de trabajo, en que el momento normativo no se pierde sino que ocupa un lugar de nodo estable en una red de soluciones, lo que cabe es desarrollar instrumentos que marquen de modo diferente el momento decisorio individual y colectivo, y organicen sus concurrencias y sus preeminencias.

Plantearse mirar el derecho como interconexión y no como mero intercambio de bienes, adoptar principios de integración, participación, precaución y responsabilidad constante y no solo post daños impone declinar la importancia de la certeza jurídica a una seguridad jurídica ajustada en la integración de los sujetos y sus necesidades en los espacios físicos, institucionales, simbólicos y económicos en que confluyen seguridad jurídica como legítima y proporcional expectativa de respuesta y protección. El derecho no puede jugar un papel de atribución de derechos permanentes y de defensa de ésta inmovilidad que se deriva. Debe tratársele como un agente de acción de un espacio de reconstrucción social y reaseguramiento y reordenamiento permanente de los puntos de conflicto de los contornos internos de lo social. La producción de resultados con sentido de reconstrucción del espacio social de afectación y no de atribución individual es la coherencia mínima para la construcción de una juridicidad materialista y finalista de interconexión.

De esta forma, con ampliaciones como las señaladas, no solo las relaciones inter normativas cambian y fluyen, sino también la idea de la sociedad no solo como lugar de reproducción del orden de la economía, como lo disponía Hegel, sino como un espacio privilegiado de conexión entre la unidad jurídica de los actores

individuales y colectivos y la densidad política del estado, la comuna, la ciudad, la provincia o los bloques de intercambio. En un actuar de afectación e interdependencia de los actores, de ejecución de sus conductas en un sentido de precaución y responsabilidad, las prestaciones a intercambiar y a relacionar no pueden ser solo patrimoniales, sino que se requiere arbitrar el despliegue de conflictos y de requerimientos de los actores para obligarlos a prestaciones mutuas, recíprocas de bienes, pero también de adecuación de comportamientos. La satisfacción de las necesidades humanas requiere no solo atender a todas ellas en una escalada sin fin de los deseos, sino a la regulación de una conciencia de priorización y periodización de las mismas. No pueden atenderse todos los requerimientos, constitutivos o no de necesidades humanas fundamentales, en un momento de resolución inmediata, sino que se necesita un control del despliegue de medios de manera de no provocar nuevos espacios de conflicto entre los actores. La conciencia de interdependencia y movilidad conjunta debe ser un nuevo y poderoso criterio de lo jurídico.

### **Derecho constituyente y sujetos activos.**

La pregunta por el derecho en este nuevo paradigma se multiplica entonces permanentemente. No se trata solo de saber cuáles son los derechos y quienes lo poseen sino sobre todo quienes son los sujetos concretos, las corporalidades y subjetividades que necesitan de ellos.

Como lo señalamos antes, no solo todo lo dicho es dicho por alguien como expresaron Maturana y Varela, sino que todos los espacios son ocupados por alguien, de lo contrario no son espacios, y por ello es preciso siempre establecer quiénes son los habitantes y ocupantes del espacio jurídico para determinar que es, como es y de qué forma se verifica en estos un derecho. Desde esa actividad de reconstrucción y redefinición constante de la dignidad humana concreta y contextualizada, la pregunta por los sujetos constituyentes del proceso cultural de sus propias juridicidades resulta esencial, ya que como lo indicaba Joaquín Herrera,

son los sujetos quienes pueden reaccionar creativamente ante sus realidades y conflictividades.

Potenciar un nuevo derecho implica en consecuencia superar el monismo epistemológico y la lógica formal que acaba haciendo primar la jerarquía y el control (en definitiva dominio) por sobre la integración y potenciación de los sujetos. Hasta ahora quienes han luchado por los derechos se vuelven unos residentes no legitimados de la institucionalidad y el modelo jurídico, una suerte de “*okupas*”<sup>1233</sup> de espacios jurídicos de que se les ha privado y que requieren ser recuperados. De lo que se trata sin embargo es de dar un paso más allá de la lógica jurídica normativo-formal de la modernidad y es producir no procesos sólo de ocupación sino de creación de los derechos y de potenciación de esas experiencias, pasando de la “*habitación*” en lo jurídico a la vivenciación y construcción de los mismos en un sentido de comunidad, que se propone hacer de los derechos no artefactos legales sino prácticas jurídicas, sociales y políticas.

Los sistemas de derecho de raíz liberal-burguesa conllevan una teoría del sujeto y de lo social que hemos definido como contractualismo social y propietario. Para ellas, el sujeto de derecho por esencia es aquel que concurre a la mantención de un pacto social originario en el que por naturaleza posee el carácter de propietario, donde su relación con lo social es como ya señalamos como contratante, como suscriptor de pactos económicos entre iguales. Es el individuo liberal, un modelo de sujeto individualista, autosuficiente por su patrimonio, de corte patriarcal (el pater familia) y que se relaciona con otros iguales a él, que son quienes constituyen la sociedad; es su voluntad la que ordena y regula, por eso que el contrato es una ley para los contratantes, toda vez que la ley construye y ordena la

---

<sup>1233</sup> Como en todas las situaciones jurídicas, la legitimidad proviene no de su carácter formal, como plantea la tradición positivista, sino de los usos políticos de poder que se le otorga. Al respecto, el ejemplo más claro que se me ocurre es el uso que a la expresión ocupantes se le otorgó en el Decreto Ley N° 2568 de fecha 22 de Marzo de 1979 dictada por la dictadura de Pinochet en Chile. En efecto, ese Decreto Ley, que fue la forma jurídica que se usó en vez de la forma ley en el gobierno de facto, con el objeto de dividir las tierras indígenas en poder de Comunidades Mapuches se reconoció que podrían tener una calidad jurídica similar a la de los comuneros de origen Mapuche aquellos ocupantes de las tierras, permitiendo la instalación en ellas de colonos foráneos autorizados al efecto. En la actualidad en cambio, bajo los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, pacto que agrupó a casi todos los opositores de la dictadura de Pinochet, las ocupaciones de tierras efectuadas por comuneros Mapuches han sido reprimidas brutalmente aplicándoseles incluso legislación especial antiterrorista, lo que ha merecido críticas de las Naciones Unidas y organismos internacionales de Derechos Humanos.

sociedad. En el modelo que debemos superar, la sociedad es el conjunto de sujetos como él, sus necesidades y satisfacciones son las que sumadas obtienen el bienestar social; el Estado, las instituciones, deben ser un protector y facilitador de la conquista de sus intereses. De éste modo, los sujetos del derecho son siempre individuales, formalmente iguales por que se presumen realmente iguales a partir de un modelo de sociedad censitario. Para el liberalismo clásico todo lo colectivo era despreciable, incluso las comunidades derivadas de la copropiedad o la herencia eran señaladas como anormales y se aspiraba a su disolución en la propiedad individual.

**Sin embargo sabemos que el salto que se necesita es precisamente el de la complejidad, el de la inclusión, el de hacer visible el principio de comunidad y dotarlo de una ratio de articulación afirmativa y no solo reactiva frente al orden que la niega y subordina.**

Tal como hemos sostenido en otros momentos de este trabajo, para romper el cerco ideológico que nos han tendido y que reza que habitamos modelos puros, es necesario develar que el proyecto político-jurídico moderno no es homogéneo como se pretende, sino que ha estado en forma permanente habitado también por un sinnúmero de experiencias colectivas o individuales no propietarias que provocan anomias y antinomias a dicho proyecto purista. Lo anterior es indispensable no perderlo de vista para analizar la irrupción de lo colectivo en la vida social y la permanente necesidad de lo jurídico de dar cuenta de ello. En lo político se trato de movimientos más o menos no capitalistas, y con ellos en lo jurídico, la irrupción de lo colectivo en el Estado y el derecho obligó a los legisladores y al ejecutivo no solo a reconocer e implementar derechos sociales, sino que además introdujo las diferencias de clase reales a la esfera jurídica, modificando el tipo de sujeto/objeto de la regulación y el papel de los Tribunales de Justicia, pero todo sobre la misma matriz liberal y legalista, provocando obviamente roces entre las piezas de esa maquinaria. Basta recordar al respecto como las luchas sociales dieron lugar a la creación del derecho del trabajo y de mínimos de seguridad social, educación y salud, derecho a voto de las mujeres, al reconocimiento de la identidad indígena y a la dictación de leyes respecto de sus formas comunitarias de vida y propiedad; a la regulación de formas territoriales, vecinales y funcionales de asociatividad; a normas

sobre propiedad agraria, a organizaciones juveniles, cooperativas, de microempresas; al otorgamiento de una protección para la familia y sus *disfuncionalidades* frente al modelo tradicional de familia nuclear; al reconocimiento de derechos culturales o ambientales. Frente a la cada vez mayor irrupción de situaciones que no respondían al patrón original del modelo liberal de sociedad, se necesitó al menos reconocer que no todos eran iguales, a pesar de la igualdad formal, y en algunos casos incluso tender a una cierta equiparación entre los sujetos, una intervención positiva de protección y tutela acompañada de una intención política de contención del populacho (especialmente en América Latina). Se trató, tanto por concesión de contención como por avance efectivo de ideas políticas distintas a las liberales, del paso de un Estado Liberal a un Estado Protector incompleto.

Si hacer visible lo real era una tarea indispensable para romper ese cerco de percepción, es ahora momento de pensar esa recuperación de los *anormales momentos colectivos en el derecho moderno* de modo que los sujetos individuales puedan actuar liberados de su rol propietario y los colectivos puedan desplegarse en interrelaciones de subjetividad comunitaria. Para ello hemos señalado en su momento la necesidad de concebir un derecho centrado en las necesidades humanas y me parece oportuno volver sobre el punto. En efecto, a partir de una matriz como la propuesta en la Teoría del Desarrollo a Escala Humana es posible aplicarla a un razonamiento complejo para analizar incluso caso a caso a los sujetos colectivos e individuales que nos permita trabajar en la línea de un derecho no censitario ni propietario. Al analizar las necesidades humanas fundamentales, puestas por demás en contexto más allá de la sola expresión de intereses, puede establecerse que los sujetos incluso cuando intercambian y celebran contratos lo hacen desde una posición que incluye el acceso a bienes pero que sobrepasa solo el juego de la tradición de estos bienes de un propietario o tenedor a otro. Esto que aparece claro en las confrontaciones individuo colectivo es posible incluso llegar a apreciarlo en los intercambios e interrelaciones individuales.

Nuevamente podemos señalarlo y avanzar una de las tareas necesarias para un nuevo derecho, el de la creación e implementación de instrumentos que permitan ampliar el marco contractual entre las partes, el de la norma/subsunción en las

interpretaciones y el de imputación/coacción en la ejecución de las decisiones. Incorporar a los sujetos en su pluralidad implica eso, el construir instrumentos, aparatos, elementos de vinculación, de reapropiación del espacio jurídico por estos, en un trabajo de ensayo y error, de propuesta instrumental, adaptación operacional y readaptación a las producciones concretas, locales, nacionales o globales.

Así como el derecho moderno liberal capitalista, pero también el de corte socialista de la era soviética, provocó una opacidad de la presencia de sujetos colectivos y comunitarios, o de individualidades en acciones de intercambio económicas no formales, sin que por ello dejaran de existir, la posibilidad de otro derecho transmoderno radica precisamente en producir instrumentales que rompan esa opacidad, que revelen los momentos de producción individuales o colectivas de lo común y que permitan a la vez su visualización, su intervención decisoria sobre sus espacios y su performance permanente en las conectividades jurídicas necesarias para la satisfacción de sus necesidades y la manifestación de su fuerza.

Hasta ahora, desde el lado de su quehacer los movimientos sociales y otros grupos de presión han sido capaces incluso capaces de elaborar su metodología permanente de actuación contra el orden centrífugo de la juridicidad monista<sup>1234</sup>. Esa

<sup>1234</sup> Resulta conveniente aquí recordar sintetizadamente como la sociología jurídica ha descubierto, en el análisis de los movimientos sociales una verdadera base sistemática de metodología de actuación opuesta a la metodología burocrática del Estado. Como lo muestra el siguiente cuadro que acompaño, se trata de una base de articulación de estrategias contrapuestas, cuyo resultado bis a bis responde a la capacidad de apropiarse de su espacio de producción y de imponer o hegemonizar para sus intereses la productividad de la lógica contraria. Se trata de una tipología de estrategias distintas con objetivos distintos:

Tabla 7. Tipología de estrategias en conflicto.

<b>Estado</b>	<b>Movimientos Sociales.</b>
Fragmenta a los actores.	Reúne y organiza a los actores.
Atomiza las demandas.	Colectiviza.
Burocratiza	Socializa y politiza las demandas ubicándolas en contexto.



manifestación de fuerzas en disposición no debe desaparecer sino que ser incluida como criterios de evaluación e interpretación que amplíen la normalidad procedimental también a los otros métodos que traigan consigo un discurso jurídico probablemente no completo pero si suficientemente articulado.

Esto implica, contra la política moderna, cerrar la brecha entre Sociedad Civil y Estado, y ello solo es posible si se reconocen dos cosas esenciales acerca de la tesis liberal de la Sociedad y del Estado: Primero, que la idea de la preexistencia de un estado de paz social es erróneo. El liberalismo que originó los sistemas de derecho presupone que la sociedad es un estadio de tranquilidad, y que todo aquello que se sale, atenta o discute el orden consagrado en la ley, encierra una suerte de criminalidad. Para el conservadurismo la contradicción es entre gobernabilidad versus ingobernabilidad. Y segundo, que la democracia, como sistema de gobierno basado en la representación política, en las decisiones tecno-burocráticas y en el Estado de Derecho formal requiere ser superada, o mejor dicho ampliada, democratizando la democracia sufragista, multiplicando los espacios de participación y toma de decisiones. Volvemos a la circularidad de nuestros presupuestos.

Superar la noción liberal implica reconocer que las otras subjetividades de la sociedad existen y operan, considerando esta misma como un escenario

---

Desmoviliza.	Organiza, Moviliza.
Privatiza y opaca.	Publicita y hace transparente.
Segmenta.	Produce participación.
Difiere en el tiempo la solución.	Actualiza el problema, la decisión y la solución.
Focaliza	Colectiviza y organiza de manera comunitaria.
Reprime.	Organiza su defensa.

permanente de intereses contrapuestos o, a lo menos, no todos coincidentes; reconocer que en ella existen desequilibrios de clase, género, etnia o cultura que operan sobre la base de desigualdades reales que no se superan sobre la lógica del mercado, y que por una diferenciación cada vez mayor entre el tiempo real de la economía y el tiempo jurídico de la democracia no pueden dejarse para su resolución a una lógica que no es, como manipuladoramente se repite, el juego positivo de la oferta y la demanda, sino que una lógica de apropiación y acumulación.

Entre los polos de gobernabilidad y participación, lo que está en juego es la construcción de poder social más allá del poder económico y militar; o como se le denomina últimamente, adoptando la denominación anglosajona, la construcción de ciudadanía. Esa construcción requiere actuar desde los dos extremos, desde la sociedad civil como desde el Estado. Advierto que me interesa principalmente el espacio político de la sociedad civil como constructor de democracia, toda vez que la construcción de un nuevo tipo de Estado vinculado a su comunidad requiere precisamente repoblar ese espacio que el neoliberalismo se ha encargado de dejar vacío. La discusión no es, a mi juicio, cuanto Estado, o si se prefiere más o menos fuerte, más o menos regulador. **La esencia de la discusión es si existe una sociedad civil, una población, capaz de integrarse con el Estado, de hacer operar sus facultades y de expandir sus límites, adquiriendo lógicas distintas a la del capital y la formalidad.**

A diferencia del estado, los Movimientos Sociales asumen el conflicto como una parte natural de su existencia, no solo como un problema a resolver sino como una posibilidad de constituirse, expresarse y redefinir su situación, haciendo uso de la totalidad de recursos a que es posible echar mano: negociación/presión, legalidad/ilegalidad, argumentación/fuerza, etc. Al revés de la lógica liberal que atomiza, tecnifica, reprime y excluye, la lógica de construcción de ciudadanía de los Movimientos Sociales colectiviza el conflicto, lo ideologiza para descubrir su calidad y potenciarla argumentativamente en su favor, negocia su solución y no se atiene solo a soluciones formales pre-escritas, y sobre todo integra a sus miembros a la discusión, decisión y construcción de la solución.

Aquí se encuentra claramente un punto de enlace entre la teoría de un nuevo derecho que lo piense como abierto, flexible, potenciador y retórico con una práctica posible generada a partir de una forma diferente de asumir el conflicto jurídico y las estrategias posibles para su resolución. Si se pretende una lógica de solución no formal sino material para las necesidades humanas, hay que desde el inicio pensar el conflicto no como un problema sino como una posibilidad de creación de un escenario diferente y útil, que para evitar ser reducido al caso a caso se plantee como colectivo, o a lo menos amplio respecto de sus repercusiones durante y posteriores a él, que desarrolle su procesamiento no en base a los límites y máximas escritos sino que se oriente a la formulación de preguntas, argumentos y mensajes que sirvan para ofrecer alternativas de solución negociables e intercambiables. Hay que generar para ello una estrategia en que lo legal es parte de las herramientas de esa estrategia, pero que es una decisión política el decidir cuándo y cómo se usa, de manera de no transferir a un tercero relativamente ajeno (abogados, jueces, etc.) la decisión; se trata de una estrategia política, en el sentido que crea ciudadanía, que integra desde un inicio a los afectados, y que en su transcurso, para tener éxito, va integrando paulatinamente a funcionarios, tecnócratas, autoridades e incluso la contraparte. En ella el proceso es más importante que el resultado mismo, porque a diferencia de una estrategia en que uno gana y otro pierde ahora el mínimo pasa a ser la construcción de una identidad y el máximo la solución misma del problema.

De la capacidad de desarrollar sujetos individuales y colectivos capaces de organizarse, de tener voz para persuadir o para confrontar, con estrategias capaces de provocar una paralización decisoria de los mecanismos de exclusión de sus pretensiones, depende la sobre vivencia de la democracia frente al poder del dinero, que es el reemplazo que propuso como fin de la historia el neoliberalismo y que se encuentra en quiebra pero persistente en las costumbres de pensamiento de los técnicos y sus disciplinas parcelarias.

La tarea de los sujetos sociales, ya se trate de individuos en relaciones no propietarias, de los movimientos, colectivos y comunidades es desplegar su fuerza de existencia, verificar su vivificación, politizar su subjetividad y desplegarlas en espacios de afección públicos, a donde concurren momentos internos y externos del hacer. Con ello constituyen la base instituyente de su propia juridicidad asumida.

Una labor que ello traerá consigo serán las tareas de organización y formateabilidad jurídica de esos haceres, y allí hay un campo muy amplio de tareas para los trabajadores de la juridicidad.

Nuevamente el listado de tareas a completar en discusiones futuras para un nuevo derecho se abre en espiral:

- Por un lado se requiere una teorización novedosa del conflicto y su valorización como peligro al orden que el derecho moderno ha construido en protección de las jerarquías y la propiedad.
- Por otro, si un nuevo derecho implica multiplicar y cambiar la noción de sujetos ello obliga también a trabajar un nuevo horizonte para los operadores jurídicos en ese nuevo derecho.

### **Conflicto jurídico y estrategias de resolución.**

Intentaré a continuación esbozar una base de ideas acerca de esta nueva conceptualización y tratamiento de la conflictividad para la producción de un nuevo derecho, quitándole el sesgo negativo, antijurídico y contrario al orden deseable que se le ha asignado, estigmatizándolo, para rescatar su potencia.

Partamos por señalar que el conflicto debiera ser en la reflexión jurídica un tema central, y sin embargo no lo es, o para ser más preciso se le aborda desde una mirada reducida, encuadrada entre el desajuste de la conducta a la norma y la contravención a la reciprocidad contractual, excluyendo así el inmenso campo de la conflictividad social que requiere y demanda también tratamiento jurídico.

Este vacío y limitación de la reflexión se produce no solamente por la reducción que el propio pensamiento y la práctica jurídica ha hecho del derecho a la norma, sino que tiene aristas múltiples sobre las que es preciso reflexionar brevemente a manera de poder situar el punto, elaborar sus mapas descriptivos, conocer las necesidades y tensiones que en su interior se encuentran, las relaciones y posibilidades que de él emanan para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos.

Esa reducción determina no solo una forma de conocer el conflicto y sus actores, sino además de enfocarlo, de enfrentarlo y de elaborar las estrategias de resolución del mismo. La forma de razonamiento y de práctica jurídica, como de trabajo con los afectados y otros profesionales o actores semi directos en el escenario de tensión depende y se recrea según la visión inicial del problema, lo que invita a buscar tanto sus raíces paradigmáticas como sus posibilidades de procesamiento.

Tratándose de un tema que vuelve a implicar una revisión paradigmática, doctrinaria, estratégica, operacional e instrumental, me parece necesario subdividir su revisión en las siguientes etapas: a) Paradigmas y conflicto.- b) Conflicto legal y conflicto jurídico.- c) Reconstrucción de los mapas del conflicto.- d) Una visión alternativa del conflicto.- e) Estrategias de resolución y derechos.

#### A) Paradigmas Y Conflicto.

La mirada que se tiene sobre el conflicto y la relación con el derecho, concebido básicamente como norma e instituciones, no escapa al paradigma moderno de la ciencia y de la sociedad, que determina las maneras *científicas* de análisis de la realidad y que con ello influye directamente en las otras formas *comunes* de mirar. Lo anterior requiere analizar los contenidos generales del paradigma moderno antes de revisar como particularmente éste se aterriza en el derecho.

Tal como lo señalamos en su oportunidad podemos decir que el paradigma moderno de la ciencia se caracteriza por:

- Constituirse desde una mirada de lo abstracto, es decir que define primero los conceptos y desde allí observa los diversos juegos de relaciones, centrándose en analizar de que manera la realidad se adapta y subsume en los conceptos y no al revés.
- Coherente con lo anterior, la forma de razonamiento es formal y no material. Esto quiere decir que discurre buscando establecer *leyes* que expliquen la realidad y la imputen, así transforma esa mirada normativa en una verdad de juicio acerca de los fenómenos. Se razona y decide no en base a las variaciones y posibilidades de devenir de la realidad, a las potencialidades de mutación sino en base a la adecuación a las leyes establecidas y a las relaciones entre ellas.
- La realidad material queda sometida a la verdad formal.
- Es un paradigma de la disyunción, que para hacer análisis lo divide en pares binarios excluyentes, que llevan a situarse en los polos de ellos. A saber: bueno-malo; justo-injusto; posible-imposible; legal-ilegal. Así se restringe el acto de pensamiento a una elección acerca de cuál de los dos polos debe ser mirado y no en el proceso completo.
- Es un paradigma de la fragmentación, los problemas y fenómenos son individuales, las relaciones a partir de interacciones particulares y la complejidad se produce por agregación de fenómenos en con-concurrencias simples y no complejas.
- Se acompaña de una decisión valorica previa, oculta y predefinida como optima o buena por el que define el binomio. En una manera dialéctica se trata siempre de confirmar el absoluto original y excluir a

su contrario que se aparta de la ley establecida en forma supuestamente *natural* o por un razonamiento que es el único acertado.

- Las acciones de análisis y decisiones razonan deben siempre entonces analizar esa polaridad y resuelven ordenando todo para retornar a la posición adecuada de orden. El orden se hace primar por sobre las relaciones y su potencialidad.

- Los conocimientos sobre la realidad se dividen por tanto en conocimientos científicos, validados por su abstracción, formalidad, certeza, orden y sistematicidad, que llevan a la validación y la certeza y desplazan a los conocimientos no oficiales ni formales. A estos otros se les tilda de populares, folclóricos, anecdóticos.

- La solución a los problemas se enfrenta a partir de esos conocimientos que por ser exactos constituyen una técnica y no solo una práctica.

- Como existen conocimientos que si saben y otros inexactos, los poseedores del conocimiento técnico y científico son los que toman las decisiones desplazando a los afectados por que saben lo que a estos últimos les conviene. Los actores de las relaciones son reemplazados por los científicos y técnicos.

- Se forma así una forma de funcionamiento piramidal en que un tipo de conocimiento, de forma de razonar, de mirada sobre la realidad, de organizar y disponer del entorno y las personas, de aplicar tal o cual solución y de actores adquiere primacía e importancia sobre las demás y desplaza y subordina a las demás.

Si éstas características se trasladan al mundo del derecho podemos claramente apreciar la relación y subordinación que ese paradigma provoca en lo jurídico:

- El derecho es pensado como un juego de conceptos que redefinen la realidad y de ésta forma la construyen, estableciendo una serie de principios, disposiciones de deber ser que ordenan la realidad.
- En el derecho esto se traduce en un mundo de la formalidad, en que las normas, las instituciones estatales formales y las decisiones que se toman sobre la realidad operan sobre la lógica de imperativos externos a las relaciones sociales que debe ajustarse si o si a esos principios y razonamientos.
- Con esto se organiza la relación de lo normativo y lo real subordinando lo primero a lo segundo y obligando a adaptarse endógenamente a la pluralidad, fragmentándola. Se forman así binomios de orden y exclusión entre lo legal y lo ilegal, lo permitido y lo prohibido, lo justo y lo injusto, lo escrito y contemplado versus lo no escrito y ausente.
- Como se ordena esto en base a la certeza y la exclusión, las posiciones originales se presentan y practican como correctas e inamovibles, debiendo siempre respetarse lo que ya está dado, a menos que una nueva norma reordene desde arriba la realidad.
- En esa misma lógica las soluciones que se dan a los problemas siempre son excluyentes en un doble sentido: o se ajustan a la normatividad o son excluidas por ser ilegales, siendo sancionadas y/o criminalizadas; y por otro lado adquieren una forma de solución de suma cero, es decir alguien gana y alguien pierde.
- El saber jurídico formal desplaza a todas las otras soluciones de regulación que no estén validadas por la norma.
- Los actores de los problemas son desplazados a un segundo plano por los actores jurídicamente validados: autoridades, jueces, abogados.



➤ Las cuestiones se aprecian según si cumplen o no con las imputaciones normativas y se resuelven en estrategias que buscan satisfacer esas órdenes y obligar a cumplir con esa imputación y a resolverse entregando la resolución a terceros, los jueces y a sancionar o no admitir otras posiciones y alternativas.

## B) Conflicto Legal Y Conflicto Jurídico.

Analicemos ahora la mirada de la teoría tradicional sobre el derecho para demostrar su limitación y como esto implica también una reducción de las estrategias y los fines para resolverlo.

La Real Academia Española de la Lengua define el conflicto de la siguiente forma:

*“Lo más recio de un combate. Angustia. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. Lucha efectiva o temida entre dos o más Estados.”*

Como puede verse el conflicto no es un concepto estático ni restringido, sino uno amplio y en movimiento, un conatus que alude al estado de tensión, y alberga en su momento tanto la actualidad, como la situación de crisis y la posibilidad de obtener una salida a dicho momento, que siendo activo admite a su vez más de una resolución.

En el pensamiento jurídico tradicional sin embargo la visión del conflicto ha sido reducida al hecho de una contravención, a una inadecuación de una conducta a las disposiciones de una norma heterónoma o a los pactos de una convención de carácter contractual. Dado entonces que se presenta al conflicto como una contravención de allí se generan algunas importantes consecuencias para su tratamiento:

a) Se produce una reducción de sus límites a los ya predefinidos como situación normal de supuesto no conflicto al que hay que retornar.

b) El conflicto y su solución siempre es visto como un problema individual, particular, fragmentado y reducido en su conocimiento y solución a un caso a caso también individual.

c) Con lo anterior se vacía de temporalidad y materialidad al conflicto ya que la adecuación debe ser respecto de lo definido con anterioridad sin analizar los eventuales cambios de condiciones y situaciones.

d) Al tratarse de un problema de adecuación y ajuste, se trata de movilizar las normas e instituciones para volver a ese momento, perdiéndose así los objetivos y finalidades de lo dispuesto o acordado. En terminología del acto jurídico podríamos decir que se mantiene el objeto, se desdibuja y se desentiende la causa dejándola solo en causa inicial y la voluntad no se actualiza sino que siempre debe remitirse a la voluntad inicial.

e) Como puede apreciarse se falsea el concepto espacio temporal del hecho y el derecho, ya que se establece que el tiempo original de la acción debe congelarse y mantenerse hasta el infinito sin atender a los cambios en las materialidades de los sujetos intervinientes.

f) Por lo mismo se reduce la finalidad del derecho de ser un medio de regulación actual para una forma de control de la realidad a los valores legales o pactados iniciales y su proyección estática hacia el futuro.

g) Si la formalidad legal y/o contractual original consideraba abstractamente iguales a las partes, al desconocerse los estados posteriores esa igualdad supuesta se abre a la desigualdad formalizada.

h) Finalmente como aparece lógico de lo anterior, si el conflicto se presenta como una inadecuación a lo ordenado, se trata de restaurar ese estado idealizado inicial. En caso de no producirse la única alternativa es la

sanción de la contravención, o criminalizando o sancionando con una indemnización pecuniaria supuestamente reparatoria del incumplimiento.

i) Todo el poder y las posibilidades del derecho entonces se dirigen únicamente a ese fin conservador y se pierde todo su potencial de análisis, trabajo y construcción de nuevas realidades actualizadas.

Como puede apreciarse, en la mira del derecho tradicional, formalista y positivista el conflicto jurídico es reducido a un conflicto normativo: generalmente conflicto legal (no cumplimiento de la ley u otras normas positivas) y/o conflicto de pacto. Los sujetos reducidos a partes, las estrategias de solución limitadas a represión y/o sanción. Nunca se atiende a la situación actual, material, real y de necesidades y/o expectativas de los actores, nunca el conflicto es en primer lugar conflicto social. Eso es materia de tratamiento de otras autoridades o profesionales que se preocupan de los problemas (nótese el término) *psico-sociales*. Esto permite explicar porque los fenómenos colectivos, los problemas de satisfacción de necesidades de comunidades, colectivos o en que existen relaciones complejas (fenómenos ambientales, interculturales, inter-géneros, inter-generacionales, comunitarios, de actores y resultados difusos, urbanos ampliados, internacionales subestatales, etc.) nunca resultan bien tratados en las estrategias de judicialización y/o control administrativo como única alternativa de resolución.

Contra lo anterior un pensamiento jurídico que pretenda mirar la realidad y dar cuenta de la complejidad social, que busque a su vez poner al derecho en función no de la formalidad sino de las necesidades sociales individuales y colectivas debe necesariamente plantearse la movilidad de los elementos del conflicto para no convertirse en una disciplina obsoleta,

Es necesario entonces hacer una distinción entre conflicto legal y/o normativo y conflicto jurídico. El primero se reduce a una inadecuación de conducta a una imputación dictada o pactada. El conflicto jurídico en cambio es más amplio y requiere una visión más compleja y completa.

El conflicto jurídico se produce no ya entre dos normas o entre una conducta y una norma sino entre las necesidades humanas fundamentales y las estructuras institucionales que permiten ese estado de insatisfacción de las necesidades o que crean o generan las condiciones para que se vea imposibilitada su satisfacción, decía Manuel Jacques. No se produce por que exista una situación de incumplimiento de una norma, sino porque la vulneración es no a una norma sino a las personas, a los sujetos mismos, en su realidad y en su materialidad. Complementando lo que señala Jacques podemos decir que en verdad lo que se vulnera no es una norma abstracta sino la vulneración de la condición de dignidad humana. Esta condición de dignidad no es algo abstracto ni preestablecido sino que material, concreto y actual. Para determinar si se vulnera la dignidad de los sujetos es preciso mirar en la actualidad las relaciones de poder y de dependencia en que se encuentra, si es que se ejecutan directamente o se ve sometido a un sistema de relaciones no abstractos sino puntuales que afecten su dignidad. Esa dignidad puede expresarse como si se le permite o se le priva de tener y ejercer sus derechos. Sin embargo estos derechos no son una norma o un catálogo de garantías, como se contienen en las constituciones o en las cartas de derechos humanos, sino que un derecho se tiene o se logra cuando se satisface su contenido material, que es la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales que afectan y posibilitan a ese sujeto en particular.

**En definitiva existirá un conflicto jurídico cada vez que una persona, un grupo, una comunidad o un tipo determinado de sujetos se vean expuestos a una situación que afecta su dignidad, que les impide satisfacer una necesidad fundamental o que les vulnere sus derechos en tanto imposibilite el logro de esas condiciones: satisfacción de necesidades y obtención de una situación concreta de dignidad.**

En algunos casos el conflicto se manifestará abiertamente, como una acción que afecta directamente la dignidad de las personas, o que atenta contra una necesidad privando a los sujetos de los satisfactores de esas necesidades. En otros casos se presentará de forma negativa, como la existencia de situaciones que impiden alcanzar la satisfacción de las necesidades y se trata de circunstancias u obstáculos que requieren ser removidos. O bien esta acción positiva o negativa será

difusa, aparecerá como oculta y se hará necesario develar las circunstancias que establecen una situación de tensión y de injusticia material que no aparece claramente, para establecer que tras esos elementos se encuentra una situación de indignidad y de impedimento o ataque a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.

Como podrá apreciarse el conflicto jurídico se plantea ya no como una discusión abstracta acerca de conceptos en juego o de normas y sus imputaciones que se cumplen o no, sino en una esfera de realidad y materialidad que requiere analizar situaciones concretas, contextos, actores, puntos de tensión, etc. Las discusiones conceptuales son pues posteriores, sirven para efectuar un análisis de las condiciones de validez normativa, de justicia y de legitimidad que se presentan en la situación en estudio, para determinar si existen herramientas normativas que permitan resolverlo u obstaculiza su resolución, o si es necesario ampliar el horizonte de esa resolución, si en definitiva las garantías que se encuentran positivizadas requieren hacerse efectivas o si incluso ellas se encuentran insatisfechas, además de las necesidades humanas fundamentales violentadas.

Se centra así el análisis del conflicto en sus elementos presentes y actuantes y no en sus definiciones, en sus elementos constituyentes y no tan solo en las normas que pretenden regularlos. Se evita hacer sinónimo Derecho (en tanto sistema normativo) de Derechos (situación de satisfacción de necesidades) y Garantías o Facultades (es decir, normas positivizadas para obtener su cumplimiento y asegurar una situación de derechos efectivos).

### C) Reconstruyendo los mapas del conflicto.

Revisar el escenario del conflicto, hacer un mapa básico de los elementos que lo configuran, que lo determina y moldean puede servirnos para entender mejor a lo que nos referimos. A continuación se señalan una serie de elementos mínimos a tener en cuenta para poder efectuar un mapa del conflicto que nos permita observarlo de la mejor manera posible:

✓ Un conflicto no es un caso de desajuste conceptual, sino una situación material que puede y debe observarse en él mismo, en su “terreno” y no en teorías, estas solo son instrumentos de mirada, una suerte de lupas, pero no el conflicto. El mapa no es el territorio.

✓ Un conflicto no ocurre en abstracto, tiene lugar siempre en un espacio físico concreto, más o menos determinable según las demás características y elementos que lo constituyen pero siempre determinable. Es decir tiene lugares y límites físicos y simbólicos que es posible establecer.

✓ Un conflicto ocurre en un tiempo muy preciso, y ese tiempo es el ahora, el presente. Es cierto que tiene antecedentes, una historia, pero que sirve una vez analizado el presente para establecer que ha llegado a constituirlo y que puede cambiarse, por eso su futuro nunca está sellado, siempre depende del que se va a hacer para mantenerlo o para resolverlo.

✓ Dado que tiene lugar y tiempo concreto no es un abstracto, sino una situación.

✓ Todo conflicto además tiene una cierta relación con el conjunto de normas que regulan o dejan de regular su situación, que sirven de marco normativo a las decisiones que pueden tomarse sobre él.

✓ Todo conflicto tiene en su entorno una relación con instituciones estatales y sociales en torno a las cuales se tejen redes de interacción y que necesitan ser reveladas y tener presentes para activar o recurrir a su intervención.

✓ Un conflicto siempre tiene actores concretos, que no son necesariamente partes como se les denomina tradicionalmente, ya que no siempre está presente la existencia de obligaciones correlativas, que no necesariamente existe un vínculo previo y directo entre ellas.

- ✓ Los actores de un conflicto no son iguales entre sí ni tienen los mismos objetivos ni son estos de por sí coincidentes. Por eso en un conflicto algunos serán más relevantes que otros y tendrán un lugar más decisivo o más cercano al hecho o a los mecanismos de soluciones.
- ✓ Los actores siempre poseen intereses, necesidades y poderes distintos cada uno, lo que implica que para poder actuar deben “pesarse” cualitativa y cuantitativamente. Contextualizar al sujeto es una clave fundamental del trabajo.
- ✓ Los actores se ven afectados por hechos, situaciones y problemas concretos que los disponen o predisponen en un cierto sentido. Nunca están inmóviles o inactivos, a lo más dispersos o inmovilizados.
- ✓ Entre las distintas posiciones de poder de los actores y de los intereses que ellos poseen o manifiestan, se tejen puntos de fricción destinados a mantener una situación que favorece a uno o desfavorece a otros. En esas intersecciones es donde se dibuja el conflicto.
- ✓ Los actores disponen de valores que sirven discursivamente para justificar sus posiciones y sus acciones y omisiones. Ellas son auto-justificantes y no necesariamente compartidas por los demás afectados.
- ✓ Los actores poseen o pueden construir mecanismos de mantención de la situación o de solución del conflicto.
- ✓ Dado lo anterior la resolución de un conflicto nunca es una sola posibilidad sino un arco de opciones que pueden construirse y reconstruirse permanentemente.
- ✓ Todo conflicto se resuelve en una formulación de salida que reúne y articula todos sus elementos. Mientras mayor cantidad de elementos se consideren en su solución más completa será el resultado de estas acciones.

- ✓ Para esa solución se requieren dosis de acuerdos o de presión y fuerza que permitan desatar el nudo en cuestión.
- ✓ Tanto la mantención del conflicto como su resolución requiere de estrategias de trabajo.
- ✓ Ningún conflicto se soluciona manteniendo el status quo que lo genera, se requiere movilizar nuevamente sus elementos integrantes.
- ✓ De manera que una estrategia de resolución obliga a considerar todos sus elementos en la doble perspectiva de considerar que el todo es más que la suma de sus partes, a la vez que las partes son más que ese todo, y que esto solo se organiza si se le piensa todo conjuntamente, de manera que lo que prime sea la interacción y el movimiento de estos elementos en una estrategia.
- ✓ Ninguna estrategia efectiva se construye sobre la rigidez y la inmovilidad sino sobre la ductibilidad y el movimiento de sus elementos. Los atajos de comprensión no implican olvido de los elementos.

El siguiente mapa conceptual nos permite aproximarnos a una idea de la ubicación espacial de los distintos elementos de la conflictividad.



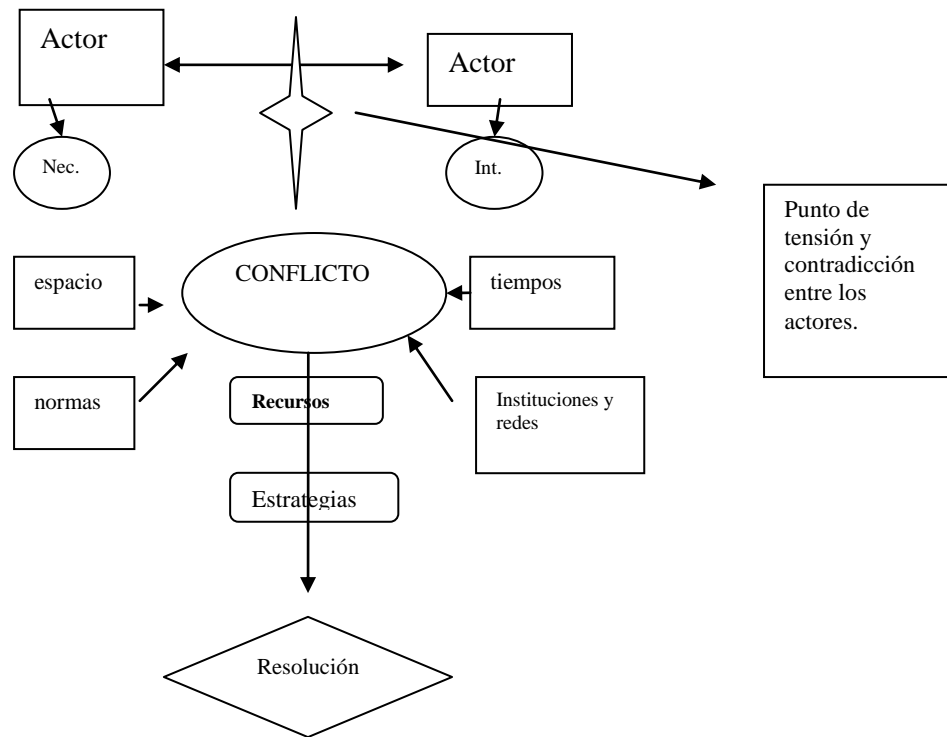


Ilustración 16. Mapa del conflicto.

#### D) Una Visión Alternativa Del Conflicto.

Como puede verse la visión del conflicto que tiene presente su materialidad, su contexto y sobre todo la articulación de sus elementos para orientarlos a una salida de reconstrucción de las relaciones, las posiciones y disposiciones de sus actores.

En la visión tradicional el conflicto es un problema a resolver ordenando y regulando el asunto para obligarlo primero a readecuarse al orden normativo que se supone perfecto por ser formalmente validado y segundo para sancionarlo con una reparación, penal o civil.

En una visión alternativa del conflicto en cambio éste es visto primero como una situación normal y no excepcional, el conflicto y la tensión es parte de la realidad social; pero en segundo lugar es por lo mismo apreciado como una situación potencial de cambio, una situación en que es posible rescribir el marco valórico, de legitimidad de los procedimientos de solución y la regulación de sus alternativas, buscando crea una nueva situación más que reordenar, reacomodar y sancionar.

Mientras que en la visión tradicional del conflicto el instrumento de observación de resolución es la norma, en el conflicto jurídico se necesita una mirada amplia de la realidad social, de los actores y sus posiciones y disposiciones, lo que implica explorar y conocer la realidad concreta. La forma de solución puede contener soluciones normativas, pero sobre todo se dirige a obtener una nueva regulación a futuro de la situación, nuevos procedimientos de solución y un nuevo escenario de respeto de la dignidad de los actores, de respecto por sus derechos y satisfacción de las necesidades.

En la visión tradicional se trata de ordenar y conservar un orden formal supuestamente óptimo. En el conflicto jurídico se trata de reordenar las relaciones y movilizar las instituciones y recursos hacia la satisfacción de las necesidades jurídicas. El resultado nunca es de suma cero.

En el conflicto tradicional los actores son los expertos y la decisión está siempre en manos de un tercero también experto. En el conflicto jurídico los actores principales son los afectados por la vulneración de derechos e insatisfacción de sus necesidades humanas fundamentales. La resolución requiere su participación y aceptación activas.

En el conflicto legal tradicional el escenario que se privilegia para tratar el problema es el institucional legal, en el conflicto jurídico se privilegia el escenario social y las redes que circulan en torno al conflicto.

En definitiva, en esta visión alternativa del conflicto jurídico, éste es una posibilidad de transformación de las situaciones, en que se observa y moviliza el potencial de cambio de la situación, con actores que participan lo más directamente posible en la resolución del mismo, buscando satisfacer las necesidades humanas fundamentales de las que se encuentran privados, de manera de asegurar el respeto a sus derechos y la dignidad de su posición, movilizandolos para ellos los recursos normativos, sociales y discursivos disponibles para obtener una solución integrada y relacional, legitimada en un procedimiento participativo de resolución, verificable en cuanto puede establecerse que las necesidades en juego han sido satisfechas en alguna forma, modificando la situación inicial e conflicto.

#### E) Estrategias de resolución y derechos en juego.

Teniendo presente todo lo anterior, es indispensable entonces tratar a su vez el punto de las estrategias de solución de conflictos posibles.

Si se toma en consideración precisamente que el conflicto es una situación marcada por una tensión sin resolver que mantiene un cierto status quo que está vulnerando derechos e impidiendo satisfacción de necesidades, es necesario entonces romper con esa condición inercial que mantiene la situación develada, lo que requiere entender respecto de los conflictos tres cosas básicas:

1. No se solucionan por sí mismo, la situación no se desvanece en el aire por que sí.
2. Los conflictos no se solucionan con un solo acto “mágico” como el aplicar una norma u obtener una resolución sobre el punto.

3. Se requiere de una serie de acciones y movimientos que lleven a primero romper la situación de inmovilidad del proceso, segundo que ponga en evidencia el punto en conflicto y tercero que se oriente a solucionar el punto de quiebre reordenando el escenario. Es decir una estrategia de solución.

Para lo anterior me parece necesario además recordar que los conflictos se presentan a lo menos en dos grandes estados: en una especie de situación larvada y de opacidad en que su punto de tensión y sus causas no aparecen claramente, y en un estado de evidencia y contradicción que hace imperativa una solución como desenlace o una consolidación de la violación de necesidades. Entre estos extremos se abre un campo de trabajo para la solución y no solo en los extremos, estos operan como puntos referenciales para la reflexión.

Con el objeto de ordenar las perspectivas de trabajo sobre el conflicto jurídico, resulta apropiado elaborar una tipología de estrategias de resolución de conflictos que corresponda además a diversos tipos de conflictos-escenarios posibles.

a) Estrategias educativas y performativas: Aquellas que tienen por objeto instruir, formar sentidos comunes, reconocer las situaciones de juridicidad latente y las formaciones organizacionales que las contienen o que admiten despliegue en su organización, de manera que la juridicidad pueda ser construida a partir de ellas.

b) Estrategias preventivas: que son aquellas en que frente al peligro de una vulneración de derechos, se trata de evitar que la situación e vulneración se produzca, de aminorar al máximo sus efectos y/o de obtener compensaciones previsibles.

c) Estrategias de creación de derechos: en que frente a una situación de carencia de dignidad y de insatisfacción de necesidades, con o sin presencia de normas, se hace necesario obtener un reconocimiento de la situación y la creación de derechos que permitan satisfacer las necesidades.

d) Estrategias de reivindicación de derechos: en que existiendo ya consagrados normativamente, en un estatuto de garantías o en un acuerdo o pacto derechos y mecanismos de satisfacción de necesidades estos no se están cumpliendo y es necesario exigir su satisfacción.

e) Estrategias de garantías de derechos: que puede operar por sí mismo o ser parte de un momento a continuación de las demás estrategias, en que se trata de establecer mecanismos que permitan garantizar con alguna permanencia la satisfacción de necesidades y los procesos de dignificación.

f) Estrategias de recuperación de derechos, cuando el uso ha permitido la imposición o surgimiento de momentos fácticos de expropiación y pérdida de los mismos.

Trabajar las estrategias supone además que el estratega y los participantes de esa propuesta de reordenación de la situación adoptan y consideran a la vez dos momentos concurrentes pero diferenciados. Por un lado la base material de recursos, actores y redes presentes y por otro el nivel analítico de la posible reubicación y movimiento de los mismos.

Así tenemos en el primer Nivel:

Tabla 8. Recursos materiales de una estrategia.

Recursos disponibles	Actores	Redes
<i>Satisfactores de todo tipo.</i>	<i>Sujetos involucrados, principales y secundarios</i>	<i>Relaciones de posición y disposición entre actores y terceros.</i>

Y un segundo Nivel:

Tabla 9. Elementos analíticos de una estrategia.

Situación	Objetivos	Metodologías
<i>El conflicto con todos sus elementos objetivos: lugar, tiempo, recursos, etc.</i>	<i>Las finalidades específicas que se buscan: necesidades a satisfacer, tiempos de garantía, beneficio, costos.</i>	<i>Procedimientos, acciones planificadas, desarrollo de la estrategia, flujos de intercambios</i>

De cómo se articulan y despliegan en el mapa del conflicto estos niveles de factores, dependerá un tipo de resolución u otro. Por ejemplo no es igual una estrategia con actores involucrados y metodologías participativas que con actores replegados aun cuando existan los mecanismos institucionales de participación.

Nuevamente queda claro como la relación entre derechos, sujetos y conflictos es clave y allí es donde más debe trabajarse para una nueva juridicidad. Toda estrategia pone atención a las potencialidades, fortalezas y debilidades de sus actores, como también a los requerimientos que estos deberán a futuro otorgarse a sí mismos para resolver el nudo de la conflictividad.

### **Prácticas y operadores jurídicos.**

Si como hemos señalado pensar otro derecho implica repensar de una manera inflexiva y compleja la amplitud de las relaciones sociales y las maneras

como estas adquieren y expresan su juridicidad; y si, como señalamos, el potenciar no solo en un sentido estrictamente político y social la actividad de los colectivos, comunidades y movimientos sociales requiere observar, comprender y canalizar sus acciones para incorporarlas a la vida jurídica de forma plena y de manera que la lucha por los derechos adquiera expresión más allá de las formas de la ley y del contrato, ello requiere no sólo a los sujetos construyendo y reivindicando sus derechos, sino además sujetos operadores del derecho capaces de comprender el derecho de manera compleja y operar en esa traducción.

Lo anterior conlleva **una nueva visión de los operadores jurídicos**, que son quienes actualizan y organizan en la acción práctica la legitimidad que el derecho reclama; y lo hacen precisamente a partir de una legitimación material, de efectos cotidianos de asignación de los recursos disponibles. Hablo de operadores jurídicos y no exclusivamente de abogados, toda vez que el derecho debe transformarse en una herramienta susceptible de ser aprehendida por todos y posible de ser usado no solo por quienes poseen la experticia instrumental sobre la materia, sino por todos aquellos que intenten y requieran su ejercicio. En el interior mismo de los colectivos, comunidades y movimientos sociales es preciso disponer de encargados de juridicidad que sean activos organizadores de la relación entre demandas, necesidades y derechos; en el espacio del estado se requieren también facilitadores, no solo abogados y burócratas; y en el mundo profesional del derecho se requieren nuevas comprensiones de las situaciones y requerimientos de las articulaciones jurídicas necesarias para vincular finalistamente necesidades y derechos.

No se trata como ha operado en el marco de las relaciones capitalistas de juristas más o menos especializados hasta técnicos, secretarios y tinterillos con alguna idea de funcionamiento del sistema institucional del derecho o tipos de justicia diferente en calidad para ricos y para pobres. Todas estas alternativas han transitado dentro de la misma lógica del derecho como una experticia exclusiva de iniciados en que el mercado determina la calidad y cantidad de las prestaciones. Pensar otro derecho requiere romper con ese paradigma disciplinario y clasista y plantearlo de otro modo, sin temor a la reunión de saberes, a la reducción de campos de empleo como opera el capitalismo en las profesiones; el problema no es de cantidad o de calidad sino sobre todo de –por un lado- densidad del saber jurídico

y por otro de capacidad de innovación y adaptación a nuevos lenguajes, modos y contextos. En el campo de la organización y la jurisdicción los abogados y juristas continuaran desarrollando un papel clave y hasta cierto punto de alta exclusividad, dado su conocimiento y manejo de la técnica procesal y de la aplicación hermenéutica de la ley y de su capacidad de articular institucionalmente lo normativo con lo fáctico. La cuestión, al igual que con los sujetos, es el de su modo.

Para repensar los operadores jurídicos se requiere repensar a su vez la cuestión del lenguaje jurídico, de sus expresiones y traducciones. Al igual que en otros espacios cercados, una cuestión central es su apertura, la necesidad de ampliar el debate jurídico, no solo como se ha hecho hasta ahora, actualizando la discusión doctrinaria o relacionándose con otras profesiones asignándoles labores de colaboración como en su minuto lo fue la medicina forense, o ni siquiera en la ampliación a la mixtura de especialidades como la sociología o la antropología jurídica, sino ampliarlo en un sentido distinto, atendiendo a la vinculación e integración con procesos culturales y sociales activos, permitiendo la incorporación de lenguajes y saberes multidisciplinarios y populares.

Esto involucra varios desplazamientos en distintos niveles y sin embargo ninguno imposible de ejecutar.

Primero, y tal como lo hemos mencionado durante todo éste trabajo, el problema es epistemológico, es decir, se trata de concebir un conocimiento, un discurso y una práctica de manera no cerrada sino dialógica. En un marco comprensivo de la pluralidad de los conocimientos y manifestaciones de éste, de la pluralidad de los lenguajes y de las actuaciones, es claramente posible pensar lugares y mecanismos de comprensión y de integración de éstos. Se trata de formar así un nuevo sentido común del conocimiento jurídico abierto a estas manifestaciones y que sitúe el problema de los lenguajes en una cuestión de sus comprensiones y de la conexión y no de la imposición, subsunción y subordinación.

En éste campo el desplazamiento es doble, primero gnoseológico y formativo, reformulando la enseñanza del derecho en un marco amplio, comprensivo de otros lenguajes y con esfuerzos de traducción de su saber a lenguajes alternos; segundo



integrando en los debates a los actores de la sociedad que usan, reclaman, reivindican y necesitan los derechos. La labor de los juristas se extiende así a la traducción y conexión de lenguajes como ya se ha hecho en los esfuerzos de educación jurídico-popular.

Segundo. Una reformulación de la comprensión del derecho debe traer consigo también una rearticulación y una nueva organización de la enseñanza del derecho, que supere por un lado el excesivo criterio de disciplina aislada de otros saberes, lo que se logra incorporando asignaturas de integración transdisciplinarias, como también planificando en todas las asignaturas momentos formativos y momentos de especialización; al incorporar sucesivas asignaturas de frontera como sociología jurídica, antropología jurídica, una filosofía crítica, módulos de práctica de educación jurídica popular y traducción de lenguajes, como de la misma forma asignaturas de otras especialidades orientadas a entregar mecanismos y técnicas de conocimiento social, más instancias de debate, intercambio y dialogo entre las asignaturas disciplinares duras, las de frontera y las conexas, en una ordenación de competencias sucesivas, es posible reconstruir la enseñanza del derecho, la cultura disciplinar, la relación entre derecho y realidad, maximizar el uso de los lenguajes, potenciar interculturalidad y establecer bases para una hermenéutica de la complejidad y no de la subsunción. En el campo de las interacciones, reordenar el uso y necesidad de las jerarquías hacia una lógica de roles no de autoridad permitiría romper también en los espacios académicos las nociones clasistas y separatistas del derecho como un espacio de exclusividades. El problema no es de posibilidades sino de colonización mental de los actuales profesionales del derecho. En todos estos campos el temor a la incerteza se explica más por motivos psicológicos y culturales que por imposibilidad técnica, metodológica, didáctica, pedagógica y de actitud a la experimentación.

Tercero, al nivel de las instituciones formales, estatales, tanto las de servicios burocráticos como las de educación como de los propios grupos sociales organizados, colectivos, comunidades y movimientos se hace necesario establecer expresamente las instancias de debates y luego adaptar sus formas para ese dialogo. De ésta manera si por un lado la juridicidad es percibida como algo accesible y los especialistas son capaces de producir traducciones de su saber en

beneficio de la organización de campos y experiencias de trabajo de juridicidad social, y por el otro los colectivos pueden establecer un diálogo con estas instancias, asumiendo que la existencia de la institucionalidad no es solo un campo de petición o de relación ajena sino un terreno de construcción de afecciones y de disputa hegemónica por su sentido, es posible avanzar en la construcción de una nueva cultura jurídica que comience a cerrar la brecha liberal que separa a la sociedad civil del estado por un lado, y que por otro reduce esa sociedad civil a un marco de contractualismo formal. Este es también un campo propicio para lograr el objetivo antes señalado de adaptar las formas organizativas y reguladoras a las instancias sociales y no al revés.

A partir de esta base que de hecho ya conoce experiencias y sujetos dentro de la misma cultura jurídica que hasta ahora han sido tratados como excéntricos, es posible avanzar a una discusión interna de desplazamiento de roles, funciones y modos posibles y que implican principios activos de reconstrucción de la juridicidad. Intentaré a continuación poner en el debate algunas cuestiones incluso obvias que admiten en ellas plantear el problema.

Lo que debemos producir es una discusión interna de funciones, roles y fines de los operadores jurídicos más duros a partir de una pregunta dura y clave: ¿Como obtener un cambio de conducta de quienes administran la ley (parlamentarios, Jueces, Jefes de Servicios Administrativos, Policías, funcionarios judiciales, abogados, trabajadores sociales, etc.) más allá de la vocación individual de permanecer o no indiferente frente a las consecuencias sociales de las decisiones que ellos toman?; ¿Como incidir para transformar al derecho en un elemento de transformación social y no solo en una regulación de los intercambios sociales?

Se trata de una substitución en su hacer de la legitimidad formal de la ley por una racionalidad de legitimidad substancial de las decisiones es donde los actores sociales y los operadores jurídicos concretos pueden aportar en la confrontación de los criterios que guían sus movimientos.

Esto supone atender a otra pregunta que importa la revisión de las prácticas tradicionales: ¿como esos operadores aplican la ley y en qué medida reproducen el

sistema? A partir de las respuestas que estos demos es posible obtener no solo un análisis tipológico de estas aplicaciones sino además extraer pistas para levantar permanentemente propuestas de cambio desde una lógica profunda de democratización y no solo de políticas públicas en tanto mecanismos administrativos.

La cuestión de la producción, aplicación e imposición de las normas, sus ordenamientos y los sistemas jurídicos que con ellos se producen y se vuelven hegemónicos presentan al respecto una serie de desafíos sobre los que se debe trabajar.

El primer problema es el del origen de las normas y con ello el que entienden sus productores están cumpliendo por el hecho de dictarlas. Los legisladores actúan no solo sobre sus propios prejuicios y visiones de mundo, sino que además representan intereses sociales concretos, determinados por su adscripción a una ideología, a un partido político o a grupos sociales o de poder con los que se relacionan, eso ya lo sabemos; pero además operan en un marco de alta irresponsabilidad técnica en la elaboración de las normas, confiando en que el sistema contiene sus otros lugares y momentos de lectura y traducción del mensaje y contenido de las mismas, en instancias de casación o de resguardos de constitucionalidad del orden que repondrán en caso de insuficiencia sin atender a que el significante es tan importante como el significado e incluso más, pues es en esa superficie de desplazamiento donde se juega la producción de las interacciones. Al comprender el juego de significantes y significados no solo queda abierta la necesidad de comprender las implicancias ideológicas de cada norma que se dicta, en tanto sabemos además que la voluntad del legislador no es una mano invisible rectora y con conciencia ontológica propia, sino la confluencia o la transacción de los intereses políticos de los legisladores.

El derecho que de allí surge es esencialmente político, constituye el nódulo basal de los distintos intereses políticos, económicos, sociales y culturales de una sociedad; siempre el derecho no es sino la forma de lo político. Cabe tener esto presente al leer la norma, para entender que la ley, constituida por el lenguaje de sus escritores, al igual que todo lenguaje, a la vez que muestra, oculta, que no

existe lenguaje neutral, que más que el mismo contenido es el significante donde se juegan las interacciones, las interpretaciones, los desplazamientos. Por ello que exigir a los legisladores un perfeccionamiento de la técnica legislativa es un mínimo con el cual se debería ser más estricto. Pero más allá de esto la cuestión es cómo establecer mecanismos de exigibilidad, de control y de responsabilización al respecto. Esto es una tarea política, jurídica, ciudadana esencial y urgente. Si se quiere avanzar en la ruptura del papel proyectado de éste órgano estatal como lugar de mediación para la dominación (lo mismo se extiende al ejecutivo o legisladores estadales, federales, comunales, etc.) se les debe exigir legislación técnica y lingüísticamente aplicable y producir mecanismos sancionatorios ante su falta, incluyendo la responsabilidad al interior de una institución altamente irresponsable respecto de la calidad del producto que entrega. Ello es posible mediante las notificaciones de dificultades de comprensión que otros órganos como son los Tribunales o las facultades de derecho pueden asumir, incorporando a estas en un marco de responsabilidad de su importancia social y su integración. Repartir el poder siempre es más democratizador que concentrarlo y eso incluye al poder de decir.

Introducir la responsabilización y la co-implicancia desde la cúspide de estructura institucional de producción jurídico-normativa introduciría un reordenamiento simbólico muy importante. Si incluso los productores de normas son responsables de sus efectos, **los Jueces no podrán seguir comprendiendo su función solo como la de meros aplicadores de la ley, amparándose en la supuesta objetividad y neutralidad de esta, y deberán atender al modo como efectúan sus procesos y también a los efectos de sus intervenciones y resoluciones.** No solo por que operan un sistema construido sobre una cierta impunidad social, toda vez que a diferencia del resto del aparato público no existen mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad administrativa sobre sus decisiones erróneas en forma independiente de la sola responsabilidad procesal; ni menos para medir el impacto social de sus decisiones; sino sobre todo porque, al insistir en una función de aplicadores neutrales de la ley, no obstante las incidencias concretas que se sabe cada sentenciador ejerce desde su propia sensibilidad frente a los temas que le toca conocer, en definitiva se hace navegar al subsistema jurisdiccional en una suerte de deriva esquizoide de altísimas consecuencias sociales. Se requiere enfatizar la responsabilidad social de las decisiones judiciales,

no solo en el sentido de constituir en el judiciary un sentido común de *última ratio judicial* sobre lo político y los usos del poder asumiendo el carácter de garante de los derechos humanos, sino también respecto del hecho que ninguna solución jurídica es socialmente neutra.

Nuevamente no hablamos de cuestiones imposibles sino de restablecer los límites de la potencia y la responsabilidad y precaución sobre los lugares de poder. Todos los abogados y abogadas que se dedican al litigio saben que entre los distintos magistrados existen siempre algunos que están mucho más disponibles a acercarse a la verdad real que les toca conocer, y que a su vez disponen su actividad de manera dialogante, incluyente y responsable, al contrario de otros que cumplen su función al mínimo o de tal modo que apegarse a la formalidad es una manera de evitar razonamientos complejos. Ya a nivel de estudios de comportamientos y agregando patrones de verificación de eficacia, de responsabilización social y de estudio de efectos de segundo momento de actuaciones y resoluciones sería posible ir estableciendo en el tiempo patrones de producción jurídica responsables sobre los que exigir el trabajo judicial. Incluso con las estructuraciones actuales del ámbito jurisdiccional, con voluntad política ello sería posible, al contrario de haber permitido que los poderes judiciales fueran presa de la ideología neoliberal hoy en quiebra de medir todo por números y no por procesos y resultados responsables. Como ya sabemos en el caso de la economía mejores números no significan más desarrollo ni mejor justicia o equidad social, y de la misma forma más sentencias, resoluciones o actuaciones no significan mejor intervención judicial.

Pero el verdadero problema de fondo está en el imaginario mismo de la judicatura y su lugar social, que es en donde en verdad hay que replantearse la producción de una nueva juridicidad en este espacio de producción social.

Hasta ahora hemos conocido un tipo de Tribunal que bien podemos denominar como **Tribunal Monologal**, no solo por ser monista sino además productor de monologas, soliloquios decisionales frente a la sociedad a la que impone su criterios, en que el juez se presenta a la materia de un dios único que genera el mundo en sus discursos formales, a la manera de una demiurgia jurídica.

Se trata de un juez concebido como todopoderosa expresión del ideal Estado, que conoce el derecho con supremacía y lo aplica de manera que solo sus dictámenes poseen legitimidad y validez. Con éstos dioses no se comunica la comunidad, o el entorno no discursivo dirían los sistémicos, sino solo aquellos que hablan su mismo idioma y cuya palabra en definitiva es ley, o mejor dicho Verdad y Poder.

A lo más hemos conocido una versión modificada pero de similar lógica que podemos denominar como **Tribunal Bilogal**, que pasa a ser una suerte de dios humanizado, en que no es un productor de verdad en que toda la existencia dependa de él, sino que tiene un lugar de intervención y un lugar de arcilla a moldear. Es un modelo bi-legal por que el sentido de la solución final que éste dictaminará posee dos lugares de disímil importancia: por una parte el derecho en tanto ley y por la otra la realidad social en tanto lugar a intervenir. Esta realidad requiere ser conocida, administrada, normalizada en base a interventores jurídicos no exclusivamente jurisdiccionales que son a su vez quienes alimentan del conocimiento de ella al sentenciador. A éste tipo han pertenecido aquellos modelos jurisdiccionales emergidos al alero del estado de bienestar como idea de intervención y mediación del conflicto entre la economía y la sociedad como vivenciadores de los efectos no deseados del choque de intereses, como lo fueron los juzgados de menores o de familia que cosificaron a sus destinatarios, o los tribunales del trabajo que formalizaron el conflicto de clase reduciéndolo a una noción de justicia que se satisface en indemnizaciones pecuniarias y control normativo de sus actores.

Frente a estos modelos es imprescindible hacer emerger formas distintas de jurisdicción que optan y median en el conflicto en un sentido declara opción garantista y de protección en algunos casos o bien redistributivo en otros. Podemos hablar así de un tipo de **Tribunal Trialogal, que abre y rompe la lógica binaria de imputación-imposición**. Este Tribunal ya no es un dios sino una herramienta de servicio que comparte con los sujetos, los conoce por interacción y no por petición/respuesta, que se involucra en la red de lo social con una clara determinación de su rol pero no adquiriendo una jerarquía de dominio. Se trata no ya de un Tribunal que sabe y conoce sino que además, comprende y aprehende la realidad más allá de la ley, que toma parte por el más débil y recompone sin

desproteger al otro, sin producir siempre resultados de suma cero, y construye un tipo de justicia redistributiva y de estados de cooperación antes que de sanción.

Es allí donde con mayor énfasis hay que trabajar en la sustitución de imaginarios para la producción de un nuevo sentido de la jurisdicción para un nuevo derecho reflexivo integrador y participativo. A diferencia de los sujetos sociales e incluso de los operadores individuales que puedan trabajar aperturas jurídicas, sin un cambio de la mirada de misión misma del aparato jurisdiccional, en un sistema construido tradicionalmente para que ese sea sino el único el más importante escenario de resolución de conflictos ínter subjetivos, no hay gran posibilidad de cambios sin alterar además la naturaleza de la misión que quienes ejercen jurisdicción tienen acerca de sí. En un determinado momento del debate jurídico son los jueces, a nivel institucional, la contraparte de una hermenéutica de la apertura. Esa apertura requiere un trabajo a la vez político que técnico sobre el momento decisionista.

La cultura jurídica institucional dice en todo caso mucha relación con la producción social de lo jurídico, y allí radican las diferencias entre las prácticas de los operadores jurídicos. Pero más allá de las instituciones, es él quien asume respecto de la producción y ejercicio de lo jurídico un papel de soberano lo que determina a su vez el modo y las condiciones de esa producción.

Una cultura del pluralismo jurídico nos coloca frente a una lógica de producción, integración y resultados diferente a la razón monista. Precisamente en las prácticas de pluralismo jurídico que conocemos se encuentran, para generar nuevos operadores jurídicos, algunas experiencias que pueden servir de parámetros de discusión, de proposición y de reinención de los mismos.

Las luchas jurídico populares en América latina aportaron el surgimiento de un nuevo tipo de juristas y de prácticas jurídico populares que mezclaban la defensa, la educación jurídica popular y la promoción de prácticas de justicia autónoma y la conquista de derechos incluso en contra de las institucionalidades. En éstas los abogados y demás operadores jurídicos construyeron precisamente experiencias de informalización del derecho, de mediación social, de pluralismo normativo por las

comunidades, de conflictos en que la presencia de la patrimonialidad decía relación con la inequidad de origen de la distribución de los bienes en las sociedades capitalistas y de consumo. Se trató de la incorporación de nuevas prácticas cotidianas de derecho en que la innovación en la forma de prestar el servicio se tradujo en revisión y sistematización de prácticas populares y en la producción de educación popular, de diálogo entre comunidad y servicios legales transformadores que presentaba a su vez el carácter de efectuar prestaciones legales, pero a sumiendo también interacciones interdisciplinarias y comunitarias, privilegiando la participación ampliada de la comunidad y los sujetos destinatarios del derecho que se hacen actores del mismo. En la misma práctica institucionalizada se verificaron también, y se sigue haciendo, experiencias de ampliación de las interpretaciones en y para la jurisprudencia, con la adopción en el debate procesal de una amplia gama de argumentación ética, sociológica y política que abren flancos en el modelo normativista de judicatura y decisión.

**Para esa ampliación del sentido de lo jurídico la labor de los abogados adquiere importancia vital, toda vez que ellos tienen la posibilidad concreta de ampliar o de restringir el debate jurídico y señalar tal o cual práctica que reproduzca, reforme o transforme la producción de derechos.** De ellos depende en el que se haga uso de la totalidad de las normas y discursos posibles y existentes sobre algún asunto, movilizándolo el poder retórico, generando propuestas de aplicación, hermenéuticas de apertura. Pero más allá del ámbito de lo judicial existe una amplia red de instituciones y segmentos donde se hace un uso del derecho y que cabe tener en cuenta al momento de imaginar y proyectar cambios: desde las Facultades de Derecho que como ya se explicó, donde continúan reproduciendo el imaginario legalista como el único posible, la gama de servicios públicos que aplican las normas sin criterios diferenciadores acerca del lugar social o del tamaño económico de sus destinatarios; órganos de fiscalización que restringen sus posibilidades de actuar de oficio ante la falta de requerimiento (por impotencia, temor o ignorancia) de los ciudadanos o que una vez requeridos aplican la ley lo más restrictivamente posible, como evitando futuras confrontaciones; órganos auxiliares de la justicia que restringen su labor a la perspectiva asistencialista, sin abrir espacios de participación personal o comunitaria en la solución de los conflictos; medios de comunicación y sistemas educacionales que no incorporan la mirada



sobre la cotidianidad, y aún entonces, la perspectiva del derecho y las instituciones como lugares donde en algún momento se enreda la ciudadanía, estableciendo no solo reflexión sino educación positiva acerca de qué hacer y cómo hacerlo.

Fuera de las instituciones existen además amplios espacios de juridicidad en que se pueden ejercer formas de acción más allá de la hermenéutica de apertura y el positivismo de combate como denominó Miguel Pressburguer a la litigación militante. Siguiendo la idea de traducción de lenguajes pueden constituirse en educadores y facilitadores del uso del saber jurídico para aquellos que normalmente quedan marginados de lo institucional por ignorancia del saber del derecho; y en ese ejercicio desarrollarse un amplio espacio de encuentro práctico entre juristas y otros profesionales trabajadores sociales, en la combinación de saberes y haceres para la difusión jurídica y la participación social.

En esa combinación de manejo de recursos para desarrollar estrategias de solución de conflicto es donde puede ampliarse y conformarse un nuevo tipo de operador jurídico, no necesaria ni exclusivamente abogado ni tampoco uno solo dedicado a la litigación. En el amplio campo de concebir estrategias materialista y finalistas las funciones pueden multiplicarse y establecerse bases de acción y campos de enfrentamiento o de regulación y/o producción jurídica que van más allá de las funciones tradicionales de asesoría y litigación atribuidas al operador oficial del derecho.

Lo anterior puede sonar vago y ambiguo, incluso incierto, pero al ampliar la producción de juridicidad en sus fuentes, en sus fines, en el espectro material de las relaciones se abren campos de variación y producción de prácticas, sentidos y fines que son difíciles de enumerar pero que no por eso deben dejar de enunciarse. Porque sabiendo que el derecho es no solo teoría y producción simbólica sino sobre todo un mecanismo de organización y acción sobre lo social, el campo de las prácticas es probablemente el más fructífero y basto a desarrollar.

En vez de la repetición de estrategias, la creación de ellas es un espacio abierto. Por eso me parece se hace necesario repasar de una forma general, integrando los elementos que hemos desplegado para intentar comprender el estado

de la cuestión y a partir de allí pensar las tareas de un proyecto de investigación acción que implica el construir nuevos paradigmas jurídicos.

### **Hacia un nuevo paradigma jurídico.**

Analizado con detención, el pensar otra juridicidad requiere re conceptualizar el rol mismo del Derecho en la sociedad, dejando de concebirlo como un instrumento que es a la vez guardián de un orden y un fin en sí mismo para visualizarlo como un satisfactor de necesidades. Pensar un derecho de éste tipo, abierto, complejo, plural, integrador, parece más difícil que pensar en un derecho de tipo normativo, básicamente positivista y sustentado en el principio de imputación. Hasta cierto punto lo es si consideramos que el modelo normativo contiene y se propone el uso de una menor cantidad de elementos para producir los resultados que pretende. Sin embargo no puede dejar de tenerse en cuenta un detalle esencial a la hora de definir modelos jurídicos: la aparente mayor simpleza que hace que el modelo de derecho que conocemos nos parezca mucho más factible que otro modelo, radica precisamente en eso, en que se nos ha inculcado como el único modelo posible, a la par que está construido y articulado de una manera funcional a sí mismo, es decir, que su arquitectura pretende soportar y reproducir su edificio. De hecho el cierre que hace Kelsen cuando propone definir la existencia, legitimidad y validez del sistema jurídico en su estructuración formal es exactamente eso.

La relación e integración del sistema de derecho formalista funciona sobre un enlace de dos puntas: simplificando y jerarquizando. El derecho formal simplifica la realidad hacia adentro, creando una relación con la sociedad en que toda la complejidad de las relaciones sociales es introducida bajo el paraguas de la norma y sus criterios, bajo el sistema de subsunción que sumerge la realidad en la norma y toma las decisiones en base a los criterios pre-definidos por ésta y no en una solución que imponga, equilibre o reordene los puntos en conflicto, pero que al sustentarse en el derecho de propiedad como base del sistema, en definitiva impone el criterio de propiedad sobre todo otro. Pero además el sistema de derecho formal

opera por jerarquización de sus componentes<sup>1235</sup>, anteponiendo en lo simbólico-valórico el derecho de propiedad a todo otro derecho, en lo funcional el criterio ideológico sobre el instrumental y en lo organizacional el principio de autoridad por sobre el de participación. El resultante es entonces un sistema jurídico patrimonialista, de imputación, control y sanción y no democrático ni participativo.

En contraposición con ello hemos hablado de producir una nueva cultura jurídica a la que concurren originalmente el pensamiento complejo y una mirada sobre la juridicidad basada en el pluralismo jurídico; las ideas de derecho parametral y de verdades aproximativas y resultados probables; los valores de participación, diversidad, inclusión, protección, equidad y democratización; los principios de comunidad realidad material, de precaución y responsabilidad total; la conjugación de subjetividades individuales y colectivas en concurrencia igualitaria; una subordinación de las formalidades a las necesidades organizacionales e instituciones flexibles, descentralizadas y participativas; un modelo participativo de decisiones próximas y mediación regulada y responsabilizada; una conjugación de modelos democráticos orientados a la mayor inclusión posible; una noción interrelacional reflexiva y vínculos jurídicos de contacto y relación; el horizonte finalista de las necesidades humanas y una metodología probable de visibilización de lo real y alteridad y alternatividad de producción de sentido con un modo de acción directa como principio activo.

Es posible apreciar en esto, de un modo ya no tan difuso, los dos polos entre los que transitan las visiones abiertas y cerradas de lo jurídico: una tradicional centrada en el paradigma normativo y otro que intenta la apertura a la complejidad, a las necesidades humanas y a una subjetividad de la potencia. El siguiente cuadro nos presenta un resumen de las posiciones y nos permite avanzar en la discusión ya no de sus características sino del orden interno de las perspectivas jurídicas que marcamos como polos, señalando que no se trata de ver exclusiones sino tránsitos dentro de un campo del saber hacer.

---

<sup>1235</sup> Probablemente es la teoría jurídica de Norberto Bobbio la que mejor resume éste principio cuando señala que entre el principio de especialidad y el de jerarquía prima siempre este último.

Tabla 10. Cuadro comparativo de paradigmas jurídicos.

<b>Paradigma jurídico liberal</b>	<b>Paradigma jurídico social</b>
El estado es el exclusivo generador de derechos.	El estado, al encontrarse organizado y financiado frente a la sociedad civil, es el articulador de mayor intensidad del derecho, pero el elemento esencial es el entorno social que permite o niega derechos.
Frente a la ruptura de la ley el Estado es gendarme, criminaliza y reprime.	El Estado interviene para recalcular alternativas, nivelar, incluir, remover obstáculos, racionalizar recursos y excepcionalmente para reprimir.
La ley es el principal y finalmente único parámetro de decisión.	Los principios de derechos humanos y las necesidades sociales concretas y apremiantes son el sentido de decisión y resolución del conflicto.
La finalidad del derecho y la intervención de su burocracia es ordenar y sancionar.	La finalidad del derecho es generar diversidad, satisfacción de necesidades y sentido común de lo jurídico.

Un nuevo derecho requiere cambiar precisamente esos criterios de simplificación y jerarquía por los de complejidad, integración, priorización y participación.

El primer obstáculo a sortear es a su vez arquetípico e ideológico y corresponde al principio de jerarquía dentro de un esquema de orden piramidal de subordinación. Se trata de un elemento tan profundamente asociado al derecho y al orden que es requerido, reproducido y usado como justificador de los procedimientos y como metáfora de la seguridad y la certeza, tópicos también esenciales del modelo de conservación del orden; todos ellos forman una verdadera expresión de emocionalidad reactiva que permite la subordinación de los individuos al sistema dominante. Pero en el derecho solo por tradición se le presenta como un elemento de importancia mayor, ya que orden no es igual a jerarquía ni autoridad sinónimo de dominación, a pesar que en un despliegue de fuerzas estén próximas.

Es cierto que la jerarquía otorga al derecho un sentido del orden, que permite regular los flujos de posiciones en el entramado institucional. Sin embargo, llevado al absoluto como criterio formal de existencia, legitimidad y validez finalmente rigidiza el uso del derecho privilegiando un sentido del control que priva las relaciones de

capacidad de evolución y movimiento frente a la complejidad de los fenómenos. Al igual que muchos otros elementos del derecho que hemos conocido hasta ahora es posible reordenarlos y reapropiarlos en un sentido distinto, de manera que, aprovechando la idea de jerarquía y poniéndola en un plano de sujeción a los principios finalistas del derecho, sea posible pensar otro derecho que admita mantener un cierto rasgo de jerarquía en el sistema en cuanto a la existencia de una institucionalidad sumada a una legitimidad formal relativa, pero con preponderancia de principios interpretativos que otorguen jerarquía sustantiva a la hermenéutica decisoria materialista y finalista. Esto no es inusual en absoluto, la inclusión en las normativas constitucionales de normas de derechos humanos se supone debiese cumplir esa función.

La pregunta es porque no siempre funciona de la forma esperada. Una respuesta que me parece oportuna a esta cuestión es la combinación que resulta de una estructura normativa piramidal con un sentido altamente individualista de garantía, lo que implica que siempre se hace primar el sentido individual de la solución por el sentido colectivo que debiesen tener las normas de derechos humanos, aún cuando se apliquen a sujetos individuales. Es a mi juicio o un problema de comprensión de esta situación de erga omnes de los derechos humanos o una persistencia ideologizada del derecho liberal que se concibe como el único posible, lo que demuestra una debilidad ideológica a su vez de quienes puedan sostener no ser liberales pero desarrollar siempre juridicidad en ese sentido.

Aún así me parece que removiendo la extremada carga individualista es posible producir una nueva base de organización del sistema que permita advenir futuros desplazamientos más profundos. Al someter la jerarquía a los principios constitucionales de interpretación y al imponer en éstos los principios de los derechos humanos se obtiene una priorización de la integración sobre el orden. Pero si además en materia de principios de derechos humanos invertimos la pirámide de control de los derechos individuales por una primacía de los derechos colectivos, que permiten la concreción de las “facultades y bienes jurídicos” por mayorías antes que por individualidades absolutas o minorías privilegiadas, obtenemos un sistema de derecho en que la validez y la legitimidad serán materiales y no formales,

otorgando al orden y jerarquía un sentido de subordinación a las necesidades y al criterio finalista del derecho.

No es tan extraño pensar en un múltiple movimiento de afirmación de propósitos finalistas, en tanto sentido de satisfacción de las necesidades como horizonte de sentido, a la que de inversión y extensión de los métodos interpretativos en base a sistemas de organización con grados de jerarquía basados, por una parte, en valores interpretativos diferentes a los tradicionales de un orden rígido y por otra de entender, dentro del orden público del derecho, la libertad solo como libertad política que está garantizada en el derecho constitucional exclusivamente sobre bienes de derecho privado como el patrimonio. En esa apertura desde el patrón repetitivo y unidireccional de la jerarquía orgánica a una nueva organización interpretativa de las libertades, bien como posibilidades o bien como opción afirmativa por la redistribución de bienes públicos y privados, es posible establecer no solo una organización de instrumentos y normas, sino también una nueva hermenéutica de sentido finalista permanente.

Con esto me refiero básicamente a entender que en el derecho claramente deben diferenciarse los hechos de las normas, y que es en el mundo de los hechos, del acaecer habría dicho Wittgenstein, y que en tanto el derecho moderno ha privilegiado el análisis de las normas como si el sistema de cosas que representa fueren las relaciones del mundo real, un método de análisis y de interpretación no formal debe construirse sobre las bases de:

a) reconocer esa diferencia metodológica de una separación que no es disyunción sino que pasa más allá de la subsunción de los hechos en las normas o de la exclusión de las normas del campo de lo fáctico, que deje lo político al descubierto y desprovisto de posibilidad de formalizar esa relación.

b) Reconocer que esa diferenciación es un dato de un análisis que debe centrarse en los hechos antes que en los ordenes normativos, y que en estos debe observar a los sujetos fuera de la formalidad que los iguala abstractamente, sino que corresponde contextualizarlos, señalando en la

situación de interacción en que se encuentran su posición y disposición respecto del otro como punto inicial de su localización espacio-jurídica, y que permita apreciar que se requiere para transformar una igualdad formal en una situación de equidad (no igualdad) material.

c) Establecida esa situación material, se requiere, conociendo la situación posicional distinta de los sujetos involucrados, establecer cuando son capaces de resolver por sí mismos la situación equiparando la posición del otro, o cuando requieren se remuevan ciertos obstáculos para una situación de equidad de poderes, de manera que dejando a la vista las situaciones de corte/conflicto se impida, lo más posible, que en la situación jurídica a resolver subsistan situaciones de subordinación que incidan decisivamente en el resultado.

d) Por otro lado, en la observación sobre la situación, atendiendo a las interacciones entre los sujetos resulta esencial distinguir cuando su situación está fundada en una posición de interés o en una de necesidad, que no son iguales, ya que lo que funda lo segundo es una carencia que debe ser satisfecha, para lo cual ya señalé la opción por satisfactores sinérgicos disponibles o posibles de generar.

e) Para distinguir una situación de carencia de una de interés propuse, como retomaré más adelante, el uso de un esquema de carencia, castración frustración, de manera que solo la carencia es real, lo demás funciona sobre expectativas y no sobre verdadera necesidad.

f) En el plano de los valores, o de los principios jurídicos si se prefiere, he hablado de finalismo para señalar que lo que debe orientar el criterio de justicia es la satisfacción de necesidades. Pero eso no opera en cualquier plano ni sentido sino bajo lo que he denominado principio de comunidad, esto es, donde para producir sinergia los principios colectivos priman sobre los individuales, cuidando de no vulnerar la individuación subjetiva.

Para comprender mejor esta diferencia de organización de las jerarquías dentro de un orden que dentro de una organización de sentido social que considere pero no maximice esas jerarquizaciones, una comparación visual entre ambos esquemas permite captar mejor esa diferencia paradigmática y la subordinación de la jerarquía y el orden al contenido finalista del derecho:

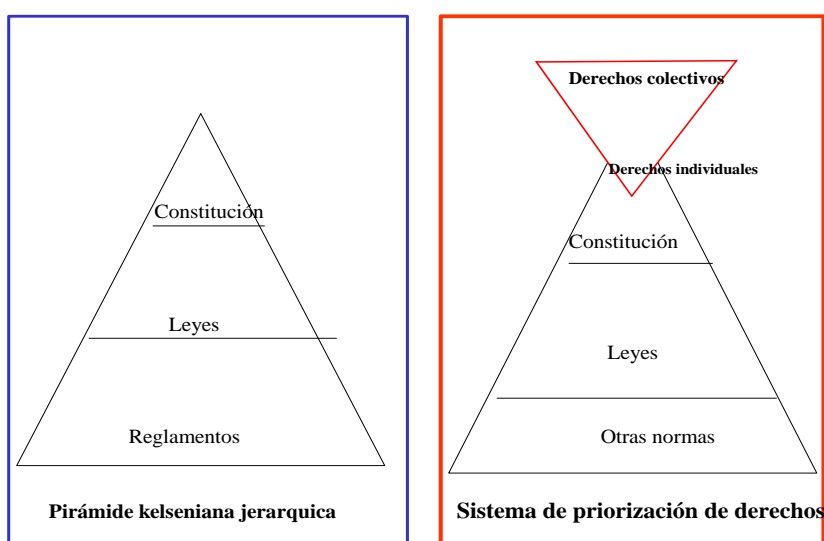


Ilustración 17. Comparación de pirámides de derechos.<sup>1236</sup>

Al considerar la integración y la participación como criterios esenciales de un nuevo derecho, la simplificación de la subsunción y la primacía de los derechos adquiridos en términos individuales, especialmente del derecho de la propiedad, quedan relativizadas frente a la necesidad de un sentido finalista de toda decisión jurídica; reordenando las situaciones que mantengan discriminaciones y privaciones removibles jurídicamente. Si se considera que la subsunción lo que hace es

<sup>1236</sup> Ver Ilustración N° 4.



simplificar la realidad disfrazándola de significado normativo<sup>1237</sup> que, en definitiva, desaparece en el desplazamiento de ese mismo significante que es la norma y que la primacía del derecho patrimonial lo que hace en verdad es excluir y destruir las diferencias reales en aras del principio de igualdad de las partes, aún cuando sea meramente formal, ya que todo lo que se tiene en exclusiva en forma inamovible es de por sí un privilegio y no un derecho. Se requiere remover esos elementos por estos nuevos significantes capaces de articularse en diálogo con la realidad para lograr preeminencia del contenido de integración y participación. Todo aquello que no solo adjudique derechos, bienes o recursos sino que por su resultado desintegre un nexo social o excluya de las posibilidades de satisfacción de necesidades debe ser pospuesto a soluciones de formulación, interpretación y aplicación del derecho pero sin hacerlo desaparecer sino que usándolo como contrapunto para evitar una disolución completa del sujeto sometido a reordenamiento social en su posición estructural, macro o micro.

Pero además el derecho, al integrarse en un todo finalista e intencionado en tal sentido, debe incluir la participación de los demás sujetos en la génesis y resultado de los procesos jurídicos, aun cuando sea para ser informados y orientados acerca del porque de los efectos. Esto tiene dos elementos que también hemos mencionado: primero la incorporación del otro como un interlocutor parte de toda relación y no extraño; y segundo una reformulación y una educación del y en el lenguaje jurídico. Ninguno de estos elementos es totalmente extraño para la realidad jurídica actual, a pesar que sus elementos no logren adquirir la fuerza de otros principios normativos. Así por ejemplo al ser declarados los niños como sujetos de derecho se establece comúnmente que estos deben ser oídos en las instancias judiciales correspondientes que los involucren. Por su lado el derecho a ser informado es desde hace mucho un derecho de peso constitucional. Como puede verse una vez más lo que se requiere es un desplazamiento de radicalización de un principio que buscando cumplir objetivos de inclusión ya se encontraban en los

---

<sup>1237</sup> “Al respecto, en su sentido técnico, se señala en teoría del derecho procesal lo siguiente sobre la subsunción: “La calificación de los hechos y de los actos jurídicos consiste en identificar una situación de hecho con una noción legal, determinar en que categoría jurídica entra el hecho o el acto cuya existencia ha sido comprobada y, por consiguiente, apreciar que regla legal le es aplicable. La doctrina alemana habla de la subsunción de hecho en una regla determinada”. Paillas, Enrique. *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008. Página 121.

ordenamientos liberales, sustituyendo ese carácter enunciativo por una operacionalidad que los dote de un contenido extendido y sustantivo.

Hasta ahora, con la construcción de los derechos como exclusivos y absolutos, *sin respecto de determinada persona* (como se señala para los llamados derechos reales) se colocan a los otros sujetos ni siquiera como contraparte sino que en verdaderas relaciones de ajenidad. Se trata de la expresión más dura de la razón disyuntiva de los sujetos en la sociedad. Frente a ello, la ruptura y ampliación de la lógica conceptual binaria del derecho moderno, mediante la búsqueda de procesos de incorporación de los terceros como contrapartes potencialmente permanentes, como otro legítimo respecto de todo derecho, a partir de la definición del derecho como juego dinámico de retórica, burocracia y violencia en que se privilegia la primera, así como de la integración al debate de la ética y de los pilares psicológicos de superación de la represión binaria, hace posible tensionar la inercia a la relación conservadora binaria del derecho como juego de facultad/deber para poner el eje de acción en la incorporación del otro por la vía de la responsabilidad con éste tercero aun en términos de eventualidad, incorporándolo no solo en cuanto a los daños directos de que es susceptibles sino también de los futuros y posibles de prever. Existe una multiplicidad de situaciones en que es posible prever y actuar sobre efectos, como cuando se trata de disposición del medio ambiente, de acciones que lleven a la concentración económica, de políticas y prácticas jurídicas de fomento de la organización, la participación, la información y los derechos, de instancias procesales de revisión de eventuales ausencias por defecto de forma o comparecencia, aun cuando el derecho se observe presente, etc.

Pero además es necesario una comprensión, una difusión y un uso del lenguaje jurídico distinto para producir la integración y relación de los elementos de este nuevo derecho, que modifique desde el lenguaje mismo las relaciones de poder internas y externas del derecho. El lenguaje jurídico es de por sí oscuro y altamente tecnificado. Sin embargo, como lo demuestra la experiencia del lenguaje computacional y del ciberespacio, el uso permanente de él a pesar de su complejidad es capaz de crear sentidos comunes de su uso y su apropiación. Es posible observar como los más jóvenes usan el lenguaje, se lo apropian e incorporan a su jerga diaria y hacen un manejo del instrumento tecnológico con su dialecto

ciberspacial y computacional con una facilidad mayor que los demás sectores sociales por edad; ello ocurre precisamente porque se ven expuestos y además se auto exponen a diario a ese lenguaje hasta el punto que enfrentados a un técnico, a pesar de su complejidad, es posible un diálogo a lo menos de comprensión del fenómeno y del problema. Los jóvenes mediante atajos comprensivo-operativos obtienen de hecho resultados similares o superiores incluso a quienes detentan saberes técnicos oficiales; de hecho eso son los hackers.

Si aplicamos esto al derecho es fácil comprender que para producir un mayor uso y una mayor integración implica entregar cada vez más elementos de vocabulario a las personas en tal sentido, desde antes mejor, para producir ese sentido común de uso de qué hablamos. Un auditorio que escucha y comprende tiene posibilidades de replicar en forma más equitativa, tanto ante la institucionalidad como frente a los operadores jurídicos de mayor profesionalización. Existe ya la experiencia de educación jurídico-popular que demuestra a su vez esta posibilidad y como la participación en el lenguaje es el primer paso a la democratización del espacio jurídico.

En un mundo de sujetos y relaciones reales, múltiples, interculturales, pluriclasistas y plurietares, el lenguaje es múltiple, variado, polisémico y los metalenguajes sociales, como el del derecho, se vuelven no solo oscuros sino que ordenan las relaciones sociales y condenan a quienes no lo manejen a la exclusión y subordinación. Si el derecho es por definición un espacio público, el romper ese fragmento de exclusión es un deber primario de efectivización de la participación e incorporación ciudadana. Por ello es que no es inconducente plantear que los integrantes del espacio institucional, sobre todo jueces, legisladores y abogados, deben ser capaces de articular su lenguaje con los distintos “coas”<sup>1238</sup> sociales, de manera de abrir también desde arriba el lenguaje al flujo de significados susceptibles de apropiación. Un habla que combina saber técnico con lenguaje popular es capaz de integrar, hacer participar y dar legitimidad y validez fonética y gnoseológica al derecho.

---

<sup>1238</sup> Lenguaje popular, forma de dialectos urbanos que usan libre y liberrimamente el lenguaje para significar elementos. Por ejemplo, maderos, pacos o yuta, significan policía según el lugar donde se use.

Otro desplazamiento y construcción que requiere explorarse para construir un nuevo sentido de relacionamiento del derecho y sus partes, es el de la identificación, ubicación y valoración de los elementos comunes a todo sistema jurídico. Ya Boaventura de Sousa Santos ha señalado como tríada explicativa para el funcionamiento de los sistemas jurídicos a la retórica, burocracia y violencia y como en la intersección de estos elementos es donde se produce la situación jurídica completa. Sin embargo me parece que además hay que considerar otras dos esferas relacionales de elementos para comprender de mejor manera que es y que puede ser el derecho.

Primero, desde una visión de exterioridad performativa integradora, al mirar el derecho desde una relación no solo normativa sino integrante e integradora de lo social es posible establecer para él los siguientes elementos: **sujetos**, **subjetividades** (intereses y expectativas), **institucionalidad**, **normas**, **poder** (facultad activa y fuerza), **espacios** (territoriales y simbólicos), **tiempos** (reales y burocráticos), **entorno** (ecológico y social) y **finés** (de aplicación instrumental y de discurso). Estos adquieren un orden constitutivo y de interpenetración mutua, en que el derecho pasa a ser definido por el juego permanente de todos ellos.

El siguiente esquema, de mirada compleja y relacional muestra, precisamente, como estos elementos que constituyen al derecho se ubican en una disposición de interacción a la vez que de tensión entre ellos, en que el sujeto recorre la acción jurídica en su posibilidad de construir y desplegar su subjetividad sobre sus expectativas e intereses; en que el derecho se ejecuta en un espacio determinado acotado por su dimensión temporal y viceversa; pero además constituye una relación de mutua pertenencia con el sujeto, que no vive en un espacio abstracto sino en un entorno ecológico y social determinado por esas coordenadas; construyéndose lo jurídico en una dimensión parte del sistema, ya no su totalidad, en que la institucionalidad se concreta y a la vez se retroalimenta en la norma (elemento ahora también parcial); donde la noción finalista del derecho es un predicador de sentido del poder y del encuentro de las subjetividades.

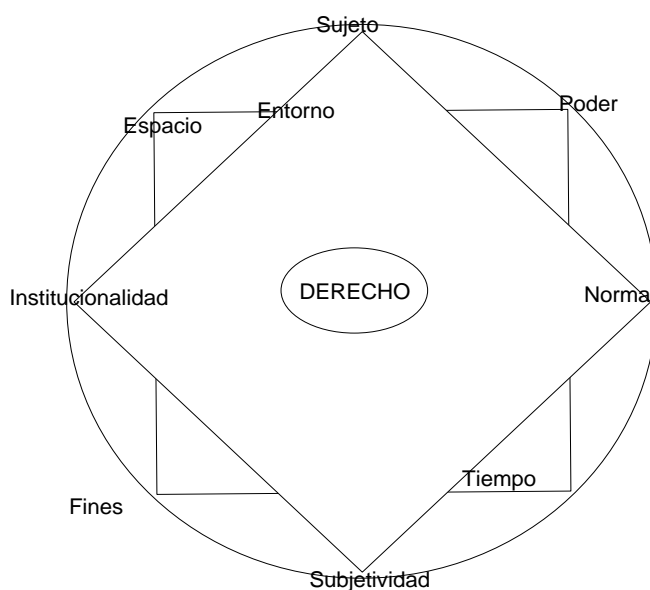


Ilustración 18. Visión general de un derecho complejo.<sup>1239</sup>

Segundo, en una dimensión que podemos denominar *interna* del derecho, en que podemos descubrir una serie de elementos que hasta ahora han formado el núcleo duro del derecho individualista y que han sido destacados como esenciales, sin que esté probado que sin ellos no pueda haber derecho. Se les naturaliza, aunque en verdad pueden ser sustituidos o al menos reordenados. Si se revisa la teoría tradicional del derecho, puede apreciarse que todo ese sistema jurídico puede resumirse no en el sinnúmero de instituciones que lo van conformando, sino en ciertos elementos matrices. El conjunto de instituciones y de intereses políticos que se vierten a través de ellas en lo jurídico hace parecer que la construcción del sistema dependiese de una casi inabarcable matriz, y sin embargo estos elementos son una cantidad determinada.

En el núcleo de éste sistema del derecho liberal se ubican el **sujeto individual**, que en verdad es personalidad legal, una reducción del sujeto a individuos patrimoniales; su **voluntad** dirigida a crear actos jurídicos como fuente de vínculos, como si fuese un elemento ajeno a la subjetividad; las **obligaciones** que surgen de esos actos de voluntad y las sanciones para el caso de incumplimiento.

<sup>1239</sup> Ver ilustración 6.

En una esfera más externa se encuentra el **entorno** que sirve de soporte a ese funcionamiento y que está constituido por el **espacio público**, es decir las relaciones políticas del sistema que se genera entre las instituciones; un **espacio geográfico**, un **sistema patrimonial** construido como intercambio mercantil y un **uso del tiempo** como consolidación de éste sistema. A través de ellos se mueve la institucionalidad que se presenta como un Estado de Derecho que es sistema normativo y principios fundamentales que en verdad son la ideología liberal que se manifiesta en su naturalismo conceptual, principalmente el patrimonio.

Podríamos representarlos de la siguiente forma:

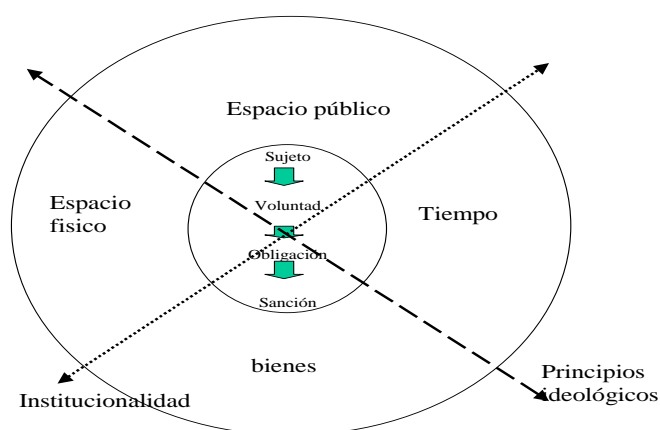


Ilustración 19. Elementos del modelo de derecho liberal.

Estos conceptos, en la forma que se presentan los bienes como necesidades y no como satisfactores en la ideología liberal, lo que en realidad hacen es falsear las relaciones sociales e imponer una propuesta de verdad como si no pudiesen darse de otra forma. Sin embargo una modificación y/o re-ordenación permiten una comprensión distinta del derecho y las relaciones jurídicas. La propuesta, recogiendo todo lo que ya dije para un nuevo derecho, pasa entonces a ser la siguiente que puede compararse al primero como un otro orden posible:

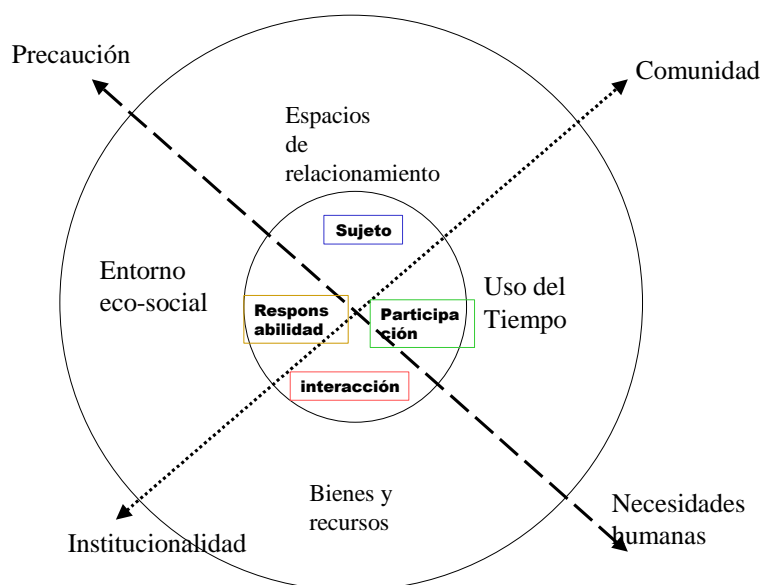


Ilustración 20. Visión integrada de un sistema jurídico.<sup>1240</sup>

Cuando se considera que el derecho es una complejidad articulable y la formalidad, el patrimonio y la jerarquía quedan relativizados, podemos tener una nueva y mejor comprensión del derecho y la juridicidad como fenómeno social de construcción y uso para la emancipación.

Intentemos ejemplos de aproximación casuística.

Con anterioridad durante éste trabajo utilizamos un esquema proveniente del psicoanálisis para distinguir con claridad la diferencia entre privación, reivindicación y frustración, de manera que nuestro criterio de privilegiar las necesidades humanas pudiera ser discernible con cierta claridad. En éste sentido parece necesario el poder contar con elementos de manera de distinguir las verdaderas situaciones de necesidad de aquellas que se basan en intereses o en acciones destinadas a lucrar

<sup>1240</sup> Ver ilustración 8.

antes que a satisfacer necesidades, que permitan ordenar incluso los bienes jurídicos protegidos, evitando así que puedan considerarse de una misma prioridad bienes jurídicos que entrañan necesidades diferentes de sujetos ubicados en posiciones sociales diferentes. El siguiente ejemplo me parece clarifica lo que estoy sosteniendo: en una relación laboral es evidente que los sujetos se encuentran en posiciones y disposiciones distintas, durante toda la duración de los nexos y obligaciones que entre ellos pueden darse; así, tanto durante la relación laboral como al momento del despido del trabajador y que puede incluir el litigio por la injustificación del mismo, ambos polos de la relación se encuentran siempre en ubicaciones diferentes; y normalmente sus objetivos son diferentes. Así en ambos casos el bien jurídico involucrado son los derechos de obligación que implica ciertas prestaciones de uno a otro, pero su naturaleza no es la misma; mientras que para uno la naturaleza de su objetivo es la sobrevivencia para el otro es, en realidad, la producción de plus valor.

Frente a eso la pregunta es como discernir. Mientras en un caso la necesidad obliga al trabajo es evidente que la necesidad se encuentra en estado de privación y requiere mecanismos de satisfacción adecuados a la necesidad que expresa; mínimo económico que permita cubrir necesidades básicas para la reproducción de la bio-producción; pero sin embargo en el momento de la vulneración de un derecho establecido en el contrato o en la ley la situación claramente es de reivindicación, que si se expresa provoca un conflicto abierto a resolver, en cambio si se mantiene silenciado por la situación de dominación se expresará como frustración.

Un discernimiento de este tipo nos permite con claridad señalar la diferencia entre un paradigma del derecho meramente formal y uno integrado y relacional, puesto que para el primero la no existencia de una conflictividad declarada mantiene al derecho en un estatus quo en que su intervención no aparece como necesaria en sentido alguno, y la neutralidad situacional que parece presentarse, en verdad, si la situación de hecho es de vulneración o de privación de derechos, se transforma en una fuente que refuerza la situación y refuerza la situación de poder de quien tiene el doble estatuto de dueño de la fuente de trabajo como de ser el autor de la privación. Ante una situación así el derecho se resiente en su legitimidad ya que la expectativa de juridicidad deviene en frustración. Para un derecho finalista y materialista en



cambio, las situaciones de neutralidad no existen y cada actor jurídico permanentemente debe estar en condiciones de orientar el derecho a la satisfacción de las necesidades, de manera que sea éste indicador material legitimidad del derecho. **Un derecho materialista y finalista es no solo protector sino que además busca recalcular permanentemente las situaciones de poder social.**

Este mismo principio puede aplicarse a áreas diferentes, ya sea en las situaciones de familia, en la protección del medio ambiente, contra las discriminaciones, a las relaciones entre colectivos o entidades distintas en posiciones y disposiciones de poder social desigual (corporaciones versus comunidades por ejemplo), víctimas y sujetos de delitos en su relación de desigualdad entre sujetos y de ellos respecto de la tuición del estado; situaciones de infancia en vulnerabilidad social, etc. El punto de discernimiento resulta un límite altamente sensible para la construcción de derechos y de juridicidad materialista y finalista.

Si el esquema de intercambio y satisfacción de las necesidades al que antes presentamos incorporamos entonces para esta nueva distribución y orden un horizonte de criterio de discernimiento de priorización y adjudicación de instrumentos, recursos y derechos para obtener la satisfacción de necesidades, se nos aparece una forma de circulación del discurso y de las prácticas jurídicas que atiende a resolver carencias y reivindicaciones sobre bases materiales y de participación decisoria precisamente para evitar frustraciones que acarrear en definitiva un déficit de legitimidad substantiva al derecho y lo vuelven un mecanismo de integración y relación social eficiente y no solo uno de regulación y control. El derecho, los recursos, los bienes, las decisiones y las citaciones de contacto social se descodifican para pasar de un estado de derecho inmovilizado en derechos adquiridos a un necesario juego de circulación de éstos orientado a la satisfacción de las necesidades, tanto en sus funciones instrumentales, simbólica, procesal e ideológica.

Un sistema de flujos de recursos, decisiones, marco de discernimiento y derechos de ésta naturaleza puede ser expuesto de la siguiente manera:



recreación de las comunicaciones y decisiones de acciones sobre redes, significados y resultados de los procesos cibernéticos.

Este nuevo derecho relacionado, relacional, integrado, participativo, materialista y finalista parece abstracto, sin embargo al concebirlo visualmente podemos apreciar que cada una de las posiciones y disposiciones de sujetos y elementos adquiere concreción, y la tarea siguiente es entonces conseguir un soporte simbólico colectivo y un pool de herramientas para su realización.

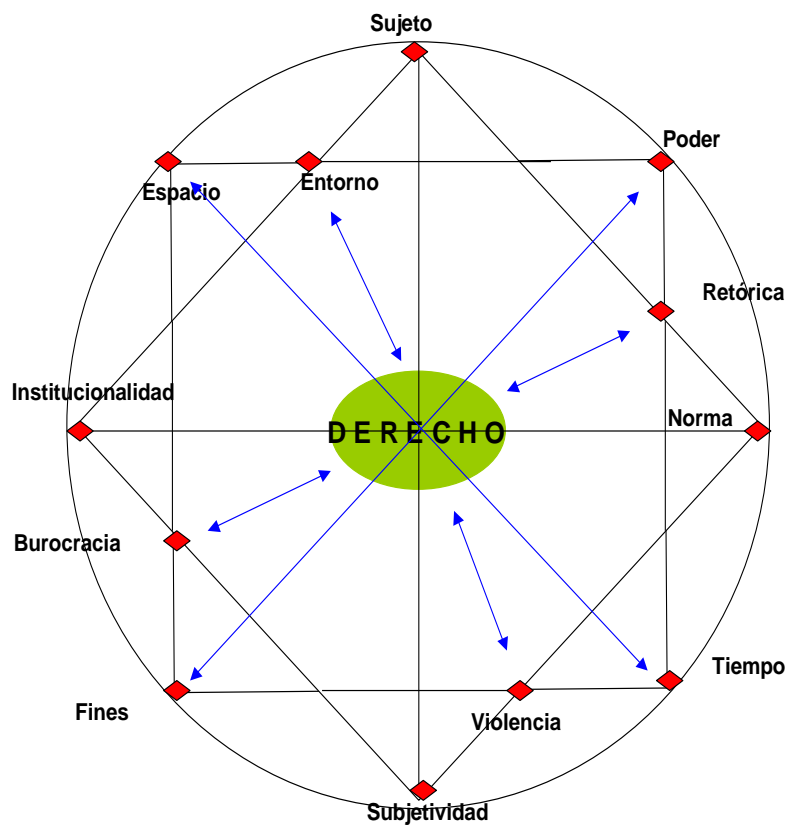


Ilustración 22. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.<sup>1241</sup>

<sup>1241</sup> Ver Ilustración 10.

Una adecuada y clara exposición de los elementos que conforman la esfera de realidad material, simbólica e institucional de una situación jurídica unida al horizonte finalista de satisfacer las necesidades humanas nos debiera permitir ciertamente una mejor comprensión del hecho, de su conflictividad como de la solución más adecuada.

Pongamos un ejemplo.

En un colegio los chicos se declaran en huelga por la falta de baños en mínimas condiciones de uso. Desde una perspectiva normativa y jerárquica del derecho por ser menores de edad probablemente no se les atenderá como sujetos, se señalará que no es un problema jurídico y se les aplicará el reglamento interno sancionándolos, o si se manifiestan al exterior del establecimiento sobre espacios públicos se resolverá permitiendo la intervención policial represiva. La situación será vista como un problema de recursos no de derechos.

En la perspectiva múltiple que expresamos la situación se multiplica:

**a)** Los sujetos serán así los estudiantes, más la dirección del colegio, los apoderados y la autoridad a cargo de supervisar el colegio; todos ellos deberán estar presentes en la solución y tendrán responsabilidades en la misma aunque diferenciada;

**b)** el espacio será ya no el del colegio sino el espacio compartido del colegio como territorio y el de la educación y sus condiciones para trabajar en él como espacio simbólico;

**c)** el entorno estará conformado por el vecindario, los demás colegios que se enfrentan a situaciones similares y cuerpos de apoderados de éstos, como también a la opinión pública que necesita información para determinar donde coloca a sus niños a estudiar;

**d)** las situaciones de poder son de triple jerarquía, la del colegio sobre los chicos, de manera que puede actuar sobre ellos; de la autoridad sobre el colegio; y

de los padres y niños sobre ambos en su calidad de ciudadanos, de modo que si hay sanciones deben, por su responsabilidad atravesar todo el entorno y no solo a los chicos;

**e)** la institucionalidad queda dada por el conjunto de órganos burocráticos y sociales (centros de alumnos, centros de padres, sindicatos de trabajadores y de profesores) que intervienen;

**f)** las normas por los marcos reguladores directos (leyes de educación, instructivos, reglamentos) como por los relacionados como leyes de responsabilidad administrativa, civil o penal;

**g)** la burocracia queda ordenada ya en forma interna por el conjunto de instituciones jerarquizadas organizadas entre sí para determinar responsabilidad, disponibilidad de recursos y ejecución de acciones;

**h)** la finalidad de la solución debe ser el garantizar las condiciones dignas de escolaridad que se manifiestan primero en el arreglo de los baños y después en todo el marco físico y de recursos disponibles;

**i)** la subjetividad queda manifestada por las posiciones y definiciones que cada sujeto adopta para enfrentar el problema;

**j)** las situaciones de violencia están absolutamente interrelacionadas, si se quiere desmontar la violencia estudiantil latente en sus manifestaciones debe primero corregirse la violencia estructural de indignidad y reprimir la violencia institucional sancionatoria sin reparar previamente los baños y demás situaciones que originan el problema;

**k)** el tiempo disponible debe ser el menor posible y en todo caso explicitado a los diversos sujetos para establecer el espacio de tiempo de solución y una vez transcurrido este perseguir responsabilidades según el orden de jerarquía de los obligados.

Al retornar en el flujo al lugar de los sujetos, estos tienen claridad de un orden en que pueden actuar, a quienes deben responsabilizar, de quienes exigir y cuál es el papel de cada uno en la situación. Por ejemplo, esto cambia en un sistema de educación pública en que es una relación de ciudadanía, que en uno privado en que además de una línea ciudadana existe una relación de consumo de servicios que aumenta la normativa y las formas de responsabilidad. Normalmente, como expusimos, se perseguirá a los chicos por su desorden. En un esquema ampliado de derechos, la primera responsabilidad a perseguir es la de la línea de autoridades y las disidencias y desordenes quedan atenuadas por las causas de origen del conflicto.

Aplíquese ahora a otras relaciones entre autoridades y ciudadanos, entre empresas y trabajadores y sus comunidades de asentamiento; entre comunidades y grupos en pugna de derechos. El marco de juridicidad es altamente diferente al de la subsunción, obligación y sanción imputativa directa.

Como vemos el derecho y su carácter instrumental adquieren dimensiones y posibilidades no imaginadas hasta ahora. Podemos ver como al cambiar la finalidad del derecho a la satisfacción de las necesidades y no a la protección de la propiedad privada y los derechos adquiridos cambia la sustantividad del derecho, pero se refuerza, mejora y complejiza la función procesal del derecho, en que los conflictos y los instrumentos se instalan no solo en el espacio judicial ni en el proceso jurisdiccional.

**Recuperar la potencia del carácter procesal del derecho en un sentido más amplio que la sola ritualización, es de importancia capital,** su sentido sustancial es importante en la medida que logramos imaginar, crear, generar y aplicar el derecho mediante instrumentos prácticos; de lo contrario es solo teoría o institucionalidad vacía.

Sabemos que al poner el acento en el instrumento procesal, que no es igual que proceso judicial, recuperamos una de las funciones específicas y esenciales del derecho, el de herramienta de proceso de los conflictos, y que busca establecer un

ritual que permita enfrentar ese problema, definirse y ubicarse a los involucrados partes en sus relaciones con los otros relacionados, discutir acerca de sus derechos, establecer una estrategia para su consecución y obtener un resultado de concreción de sus derechos.

En el derecho formal, lo que se denomina **proceso** y que es materia de estudio del Derecho Procesal queda restringido a los mecanismos judiciales por adjudicación de resolución de conflictos, que suponen una restricción del conflicto solo a su faceta formal y normativa, subordinando las causas, los efectos y las relaciones sociales a medios probatorios de fundamentación formal de las pretensiones, de manera que al final de ese *procedimiento* una de las partes obtenga satisfacción de sus pretensiones con exclusión de la otra, construyendo una verdad formal de carácter introspectiva y cerrada, auto-fundada y justificada en sí mismo. Se trata de una visión que opera en la misma lógica binaria y propietaria de todo el derecho estatal moderno. Para ésta concepción todo proceso “es un “processus iudicii” como decían las fuentes, es un proceso que desemboca en el juicio”<sup>1242</sup> de manera que la pregunta por la verdad “del quid est Veritas?”, se responden con otra pregunta: Quid est iudicium?”<sup>1243</sup> Y en que desde lo axiológico se le entiende en un doble sentido: “por una parte como forma de comportarse por y ante los tribunales según las prescripciones de la ley y, por la otra, como dogma o formulación científica de esos comportamientos o ritos legales.”<sup>1244</sup>. Fiel a su raíz formalista, monista y estatal el único medio de resolución de conflictos legitimado formalmente es éste procedimiento legal y sus mecanismos propios o relacionados (mediación, arbitraje). El proceso no se forma entonces por las relaciones entre las partes y los puntos de contacto, conflicto y situación de las partes y el devenir de éstas sino por materiales formales y “objetivados”: “Se formará el proceso con los

---

<sup>1242</sup> Ramos Méndez, Francisco. *Derecho, Proceso y Procedimiento. El Proceso que debemos enseñar*. En “Seminario sobre la enseñanza del derecho procesal”. Santiago de Chile. Cuadernos de análisis jurídico N° 23, serie seminarios. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1992. Pág. 70.

<sup>1243</sup> Ramos Méndez, Francisco. Op. cit. Pág. 70.

<sup>1244</sup> Cerda Fernández, Carlos. *Temas trascendentales para la actual teoría del proceso*. En “Estudios de Derecho Procesal”. Cuadernos de análisis jurídico N° 29, serie seminarios. Santiago de Chile. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1994. Pág. 25.

escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio”<sup>1245</sup>.

La pregunta y la apuesta afirmativa es entonces si es posible construir sistemas procesales no jurisdiccionales que, a pesar que el someter la realidad social a la burocracia siempre sea una forma de reducir su complejidad, puedan constituirse en un escenario ampliado más allá de los diseños formales de subsunción y adjudicación, que den cuenta no solo de una ampliación de la representación de las partes - como cuando se permite la participación procesal sin representación de abogados – o de una des-rigidización de los criterios de decisión – como los sistemas de sentencias dictadas en base a la sana crítica - o de una cierta desformalización del procedimiento – como en la mediación o los arbitrajes - ; sino que procedimientos que sirvan para incluir la totalidad de los momentos del conflicto (antes durante y después), la complejidad de las relaciones sociales en que están inmersos dichos conflictos, la pluralidad de intereses, causas y efectos de las decisiones y, sobre todo, una ampliación del poder de decisión de los sujetos respecto de sus instancias, actuaciones y resoluciones, en que la parte que les es atribuible de éxito o fracaso en sus pretensiones sea efectivamente parte y consecuencia de sus actuaciones y decisiones y de la forma como construyen mecanismos de control y seguimiento del conflicto y sus acciones.

Con esa pretensión he intentado construir un modelo exploratorio que dé cuenta de una burocracia al servicio de los espacios retóricos y de su posibilidad de uso por los sujetos participantes, con la participación de un mediador/facilitador de esa articulación; un proceso en que se les permita determinar un problema colectivo, compartido y consensuado a partir del cual comenzar una discusión que se retrotraiga hacia sus efectos, en la gama más amplia posible de descubrir, que sirva de escenario para una discusión acerca de las consecuencias cotidianas que éste trae consigo, y que sirva para recoger las diversas miradas y emociones frente al problema, así como también para reunir la experiencia que se tiene sobre el mismo y avanzar en un proceso de abstracción y teorización de éste, como lo señalaba un equipo de educación jurídica social de la última década del siglo veinte en Chile, un

---

<sup>1245</sup> Artículo 29. Código de Procedimiento Civil Chileno.



proceso que sea visto “no como un salto a lo teórico sino como un proceso sistemático, ordenado, progresivo y al ritmo de los participantes, que permita ir descubriendo los elementos teóricos e ir profundizando de acuerdo al nivel de avance del grupo”<sup>1246</sup> a través de caminos y prácticas en que las salidas y posibilidades siempre son más de una, y en todo caso definidas por los propios sujetos. Se trata de un procedimiento que en vez de concluir en un cierre adjudicatario se abre hacia un abanico de posibilidades de acción en que se prueba, apropia y redistribuye la experiencia y la situación de poder de los sujetos.

Pero se trata además de una experiencia procedimental que busca por una parte “siempre regresar a la práctica para transformarla, mejorarla y resolverla; es decir, regresar con nuevos elementos que permitan que el conocimiento inicial, la situación, el sentir del cual partimos, ahora nos lo podemos explicar y entender, integral y científicamente”<sup>1247</sup> para fundar nuestras acciones a posteriori; pero que por la otra busca romper con ese cerco de fragmentación de la existencia en que terminan los procesos judiciales, en que existe una suerte de irresponsabilidad legitimada formalmente respecto de los efectos ulteriores por parte del sentenciador pero también por parte de los sujetos procesales a los que se les priva de una reflexión de su situación modificada; se ha buscado construir además un espacio de evaluación de las decisiones, resoluciones y actuaciones de los sujetos, de modo que ellos mismos puedan proponer, actuar, resolver en sus posibilidades y evaluar que se obtuvo y como, cual es el nuevo escenario post conflicto y post actuación así como definir que es necesario para ese nuevo escenario.

De ésta forma lo que se busca no es suplantarse totalmente a los procedimientos formales, los que en aquellos aspectos posibles de decidir por adjudicación resultan, aun sujetos a revisión para acercar la verdad real a la formal, ser una necesidad en el espacio de la disponibilidad formal de ciertos derechos de carácter esencialmente individual. Lo que se busca en cambio es construir

---

<sup>1246</sup> Equipo Alforja. *Técnicas participativas para la educación popular*. Santiago de Chile. Ediciones Cide. (Centro de investigación y Desarrollo de la Educación). 1987. Pág. 4.

<sup>1247</sup> Equipo Alforja. Op. cit. Pág. 4.

procedimientos para aquellos derechos no disponibles ni accesibles de manera individual y para los que en la institucionalidad se carece de instancia.

**Lo anterior requiere cambiar el sentido mismo de las formas y su uso procesal. Si observamos el uso de las formas y las solemnidades, en la perspectiva mitológica que hemos reseñado, podremos apreciar como hacia el exterior, pero también hacia el interior, el derecho como ejercicio es un gran juego de roles<sup>1248</sup>. De ésta forma la verdad nunca es un absoluto tampoco posicional, sino que en el interior del derecho los lugares hermenéuticos adquieren una movilidad que es determinada por la ubicación individual que determinan los intereses del sujeto contratante o, en el derecho público, por los intereses políticos del generador y/o del aplicador de la ley. Con ello el derecho no solo se vuelve un juego formal, sino un juego de repeticiones graves, que mantiene toda la sinfonía de tonalidades jurídicas restringidas al juego de tonos que va entre la obligación contractual y la obligación; no quedando espacios para una creatividad ampliada ni para roles distintos a los preestablecidos.**

Se necesita un nuevo juego de formas que reestructure el juego de roles preexistente, que pase de la producción de certezas cerradas y predefinidas a un sistema de movimientos con lugares de llegada de incertidumbre controlada, uno de recreación del espacio socio-jurídico que implique un ejercicio de usar las formas para **construir modelos lúdicos de ejercicio jurídico, es decir que permitan jugadores constructivos** y entre ellos el juego y sus combinaciones dentro y fuera de las reglas marcadas, dentro y fuera del perímetro en flujos de recreación; en que el concepto de juego expresa una complejidad de interacciones que es mayor, en

---

<sup>1248</sup> Los Juegos de Rol son una actividad lúdica en la que los jugadores interpretan un papel en una historia cuyo final desconocen. En un Juego de Rol, los jugadores asumen el papel (de ahí la palabra rol) de unos personajes que se ven enfrentados a una serie de aventuras, ideadas por otro jugador (a quien se denomina comúnmente Director de Juego). El Director de Juego crea la base de una historia y los jugadores la van moldeando y retocando a partir de las acciones que realizan sus personajes a lo largo de la trama. El objetivo del juego es llegar hasta el final del relato, desentrañando el misterio, liberando a la doncella cautiva, desenmascarando al traidor... Giménez, Pablo. Los juegos de rol: Hacia una propuesta pedagógica. En <http://dreamers.com/defensadelrol/articulos/propuesta.htm> Visita 22 Abril de 2009.

significado y en comprensión, que él solo significado de las reglas en que se constituyó el derecho moderno.

El derecho moderno, al elevar las normas a la máxima y única expresión de lo jurídico, terminó por transformar en un fetiche la forma jurídica que buscaba representar las relaciones sociales, cosificándolas, haciendo de las reglas del juego el centro de la atención e invisibilizando de esa forma todo el resto del escenario donde las estrategias de resolución de los conflictos se presentan. Así, aparece la sujeción a las reglas de orden como el centro del debate y no las relaciones e intercambios sociales para los cuales esas reglas fueron construidas como mediadoras. La naturalización y rigidización de las normas de juego le hicieron perder su carácter de facilitador de flujos de comunicación y de argumentación posicional. El conflicto deviene de material en formal y permite así aislarlo, particularizarlo, fragmentarlo, restringirlo a un escenario que deja abiertos e indiscutidos los lugares de circulación del poder y de los bienes donde en verdad se origina el conflicto. El sistema se reproduce minimizando costes de conflicto pero no aumentando los beneficios de ganancias no economicistas, confinándolo a ser entendido como conflicto privado, descentrado de la realidad material y restringido al proyecto liberal contractualista.

Una vez más se trata de producir la apertura de los deslindes de lo que entendemos por derecho y por ejercicio operacional del mismo, y plantearse como apuesta el construir un escenario instrumental comprensivo y no excluyente de esa realidad, que permita abarcarla y actuar sobre ella desde una lógica distinta a la de la fragmentación formalista. La cuestión es cómo producir la comprensión y procesamiento de un conflicto cualitativo aproximable pero no subsumible en una idea de cuantitativo. El punto va por construir espacios distintos a los meramente burocráticos formales, que alberguen dentro de sí una lógica distinta a la cuantitativa individual y que permita a las partes transitar en espacios comunicativos también distintos a los de la adjudicación judicial. Se trata de una lógica no binaria, no formal, no imperativa como único y primer criterio de organización, sino que de una lógica del juego como momento de reconstrucción del vacío, donde el espacio-tiempo de

los sujetos y sus acciones, la materialidad y lo simbólico giren y adquieran circularidad y no linealidad.

A diferencia de la obligatoriedad ordenada por emplazamiento e imputación, el juego no asume la dimensión espacial ni temporal real, si no una que explícitamente suple y complementa las interacciones que allí se desarrollan, que por lo tanto no llega jamás a reemplazar ni a ocupar el lugar de lo real aunque sirve para movilizar los elementos, otorgarles una liviandad que permita reubicarlos. Entender esto es fundamental porque se pasa de la confusa situación de disociar verdad real de verdad formal, en que ésta última prima por estar acompañada de coacción, a una en que la verdad que se construye puede actuar, aceptarse, acordarse e incluso imponerse como una solución por definición provisoria, es decir sujeta a juego de reconstrucción si es que no cumple el objetivo inicial propuesto en la discusión. Debe recordarse siempre lo que recuerda Richard Sennet como el juego de roles de habitar las ciudades de próximos y ajenos, esto es comprender que el acto de jugar y aceptar roles es “una actividad excluida, lo que significa que dispone de lugares y periodos de tiempo especiales que lo separan de otras actividades”<sup>1249</sup>, de manera que mientras la adjudicación, contenciosa o voluntaria, conduce uni-linealmente a un determinado resultado, el espacio del juego siempre abre posibilidades a la recreación, a una repetición que en verdad no es tal, que siempre deja abierta la posibilidad de una tercera alternativa, un nuevo lanzar los dados. A diferencia del uso de las reglas en la burocracia jurídica estatal que nos coloca en la esfera del deber, el juego por su dinámica nos ubica en la esfera del placer y con ello de la posibilidad, que incorpora la posibilidad de abarcar “cierto placer al trabajar sobre la calidad de las reglas. El narcisismo (como *relación cosificada*\*) por el contrario, constituye una actividad ascética”<sup>1250</sup> cercana al control y al deber de obediencia.

Precisamente en esa razón de la incerteza y la ductibilidad en la construcción de soluciones es donde radica la diferencia de sentido y lógica que permite construir otros espacios. A diferencia del proceso judicial o administrativo, en que las normas

---

<sup>1249</sup> Sennett Richard. *El declive del hombre público*. Ediciones Península. Barcelona. 2002. Página 690.

\* El intercalado es mío.

<sup>1250</sup> Sennett Richard. Op. cit. Pág. 725.-

de procedimiento no solo establecen un marco de desenvolvimiento, sino que dado su énfasis en el orden, en verdad determinan a su vez el resultado, conformándolo desde el inicio, de lo que se trata es no construir acciones unilaterales con adhesión de los sujetos que devienen en objetos sino métodos de construcción grupal o individual que permitan llegar a lo que se busca, de manera que el orden es relegado a un segundo lugar, en que la reconstrucción es lo importante. A diferencia del espacio formal que tiende a la inmovilidad multi-relacional y espacial que encausa las acciones en una vía monista pre definida, dentro de un espacio lúdico es imposible permanecer inmóvil toda vez que “El juego se despliega entre las reglas y las iniciativas de los jugadores (sean éstas audaces, estratégicas, agresivas, prudentes), entre el orden y la libertad”<sup>1251</sup> y no solo al interior de esas reglas.

A diferencia de un sistema normativo cerrado que busca constituir un orden de transitar acotado, la perspectiva lúdica se sitúa en las fronteras – que es donde se producen los encuentros – privilegia el movimiento y revaloriza el Caos como lugar de construcción de juridicidad en su entorno social. Desde la formalidad del orden, del control y el disciplinamiento el caos es inadmisibile, puesto que no se aceptan las modificaciones de las posiciones sociales de los actores que no se verifiquen en base a la adjudicación por derechos adquiridos previamente y a su transitar por los canales reglados previamente. Así, al igual que el conflicto, el desorden es estigmatizado, vilipendiado y excluido o criminalizado.

En una propuesta lúdica, en tanto movimiento creador, no podemos olvidar la importancia que el juego de caos y cosmos tiene para la producción de lo viviente, del orden y el desorden, de su kairos como fundamento de su potencia, de la Physis que considera de manera determinante el movimiento frente a lo estático de las esencias. De allí que un derecho lúdico, es decir que instala juegos, roles y tiempos pero no los confunde ni suplanta a los reales, supone una juridicidad de la interacción en la integridad del espacio, tanto en los extremos como en el espacio Interrelacional de las posiciones del conflicto, en sus movimientos, que son lo que la constituye.

---

<sup>1251</sup> Scheines, Graciela. *Juegos Inocentes, Juegos Terribles*. Eudeba. Buenos Aires. 1998. Página 29.

Frente a un sistema de pensamiento jurídico que ha enfatizado de manera manifiesta el orden, criminalizando todo aquello que se aparta de su patrón de comportamiento funcional a los valores que sustenta y defiende, que relega fuera de lo admisible y permisible ese des-orden ilegítimizado, se requiere un pensamiento que integre la realidad en un funcionalidad de respeto e interacción entre las diversidades. Por eso es que un nuevo derecho transmoderno es ya no un sistema jurídico del orden sino un derecho que, incorporando el desorden como propio de su hacer, puede llamarse a sí mismo como *un derecho para el caos*, abriendo el campo de su trabajo a las posibilidades de existencia de lo real. Analicemos esto con mayor detenimiento.

Caos proviene del griego que significa abismo o *espacio vacío*, donde por su inmensidad se encuentra lo inabarcado, que para su comprensión y aprehensión resulta necesario completar ese vacío para poder reconocer dentro de ese desierto la posibilidad de una cosmogénesis. Al contrario del cosmos, que representa un orden estructurado, el caos es el otro extremo de lo existente, el abismo de lo que es posible conocer y hacia donde caminar. De ese movimiento es de donde proviene la latencia de lo vivo, de lo social no normado por ende, en que ese movimiento del cosmos al caos y viceversa es un estado primordial del devenir, de la vida puesta en movimiento, lo que hace de la existencia de esa tensión del orden y el desorden, del conflicto de sus lógicas de acaecer la posibilidad de construir momentos de orden que producen estados cósmicos y caóticos de reiteración y posibilidad, un orden relativo, de manera que del conflicto es de donde puede resultar la reapropiación de los puntos de entrada y salidas del mismo.

Hasta acá se ha señalado la importancia de conocer y comprender la fuerza de la episteme moderna, la cual ha impregnado todos los saberes y sus prácticas oficiales y de la cual el derecho se ha convertido a la vez que en su forma a la vez en su estado naturalizado de legitimidad; y conviene reiterar la importancia de ese análisis. No puede olvidarse como en la construcción de las ciencias estas buscaron establecer leyes permanentes como marco de verdad, que les permitiese establecer marcos predictivos y un modo de determinismo que, mediante ese conocimiento, permitiese en el conocimiento de un instante cierto conocer todo el estado posterior del mundo. Así se construyó un método de estudio analítico que mediante la

búsqueda de soluciones que puedan escribirse en forma relativamente sencillas (para los entendidos, no para los legos), mediante funciones simples y conocidas, basado en la identificación de la mínima cantidad de protagonistas necesarios para dar cuenta de un cierto fenómeno, nos permitiese no solo el conocimiento del suceso sino esencialmente su intervención, mediante la técnica, para la producción de la realidad de acuerdo a esas leyes y a los intereses naturales de la producción. Es también sobre esas bases que se construyó el sistema de derecho monista y formalista de la modernidad, que mediante leyes produjese un conocimiento perpetuo de las reglas de la sociedad que le otorgase inamovilidad de certeza a ciertas relaciones declaradas esenciales, y que para su garantía pretendiese no solo su conocimiento sino esencialmente su capacidad de definir activamente los parámetros de ese sistema a regular y estabilizar.

La irrupción de al menos dos fenómenos obliga a pensar en un sentido distinto si se pretende hacer teoría y práctica del derecho en una perspectiva distinta, materialista y finalista como la que he sostenido necesaria.

Primero, en el plano epistemológico, la irrupción de una serie de cuestionamientos al modelo tradicional de ciencia determinista, a partir de los numerosos estudios acerca de lo que hoy se conoce como Teoría del Caos, que se enlaza con las teorías cuánticas en la física pero también con reflexiones acerca del caos como comprensión de la diversidad social. Lo anterior implica el ejercicio de preguntas y métodos de análisis, comprensión y trabajo de la realidad sobre bases que, por una parte, han demostrado ya los límites de la ciencia de la certeza para situarla en la incertidumbre y por otra abren una serie de interrogantes como comprensión de probabilidades que se vuelven posibilidades, potencias de ejecución de creaciones distintas que reordenan permanentemente el campo de lo real. Desde el principio la comprensión de las turbulencias y no la supresión de las mismas supone un campo de acciones posibles y resultados diferentes a partir de la modificación de pequeñas variables de sus causas constatables, lo que abre una perspectiva de trabajo que difiere ampliamente de la teoría del orden por cuanto se recupera el hecho de que el caos es siempre un estado originario. Como señala Edgar Morin, “todo lo que es originario participa de esa indistinción, de ese

antagonismo, de esta contradicción, de esta concordia/discordia”<sup>1252</sup>, lo que en definitiva hace que la complejidad se vuelva genésica y por lo mismo, en tanto potencia, instituyente y soberana.

A partir de allí la noción misma de lo que pueden ser las normas cambia. Si lo importante pasan a ser las interacciones y no las imputaciones entre (y no hacia) los elementos y sujetos del fenómeno, de manera que las reglas pasan a ser no exactitudes sino mapas que permiten avanzar caminos de desenvolvimiento mediante comportamientos probabilísticos. Pasamos así a trabajar en un plano diferente, de uno de resultados cerrados, de respuesta cierta, a campos de trabajo con elección de opciones. Como lo señala el físico argentino Gabriel Mindlin, mientras que en el modelo predictivo clásico, el de la mathesis, “La matemática brindó un marco unificador. La irregularidad se resolvió en geometría”<sup>1253</sup>. Si todo el sistema apuesta por el movimiento y el conocimiento de las variantes, sus repeticiones, sus usos probabilísticos, su sinergia genésica, la perspectiva de lo que produce ese movimiento se invierte. Al decir de Michel Serres “El orden no es más que una rareza donde el desorden es lo ordinario. La excepción se convierte en regla y la regla se convierte en excepción”<sup>1254</sup>, de manera que nos obliga a pensar de modo completamente diferente al paradigma moderno.

Ahora bien si esto ha sucedido en el vasto campo de las ciencias, la irrupción del caos, o al menos el lugar del desorden dentro del hecho social no s obliga también a repensar un derecho que trabaje en ese campo de posibilidades. A menos que se crea, lo que demostraría solo ceguera, que el derecho tiene todo de esencial e inmutable y que ninguno de sus presupuestos ni métodos debe ser modificado, lo que raya en la esquizofrenia epistemológica.

En segundo lugar, en el ámbito de las relaciones sociales, la persistente existencia de conflictividad que acarrea de los actores una demanda y un vacío de

---

<sup>1252</sup> Morin, Edgar. *El Método. La naturaleza de la naturaleza*. Ediciones Cátedra S.A. 1999. Madrid. Página 77.

<sup>1253</sup> Mindlin, Gabriel. *Causas y azares. La historia del caos y de los sistemas complejos*. Siglo XXI Editores Argentina. 2008. Buenos Aires. Página 91.

<sup>1254</sup> Serres, Michel. *La distribución del caos*. <http://caosmosis.acracia.net/?p=861> visita 15 de Septiembre 2009.



derechos que origina esa latencia o esa pugna que lo constituye, la inaplicabilidad de los estatutos o la enorme dificultad para su ejercicio, la falta de eficacia del sistema de derecho formal de abstracción subsuncionista para resolver los conflictos jurídicos en base a la satisfacción de las necesidades y garantizar esa solución permanentemente, que es su objetivo.

Si hasta ahora el sistema jurídico estatal ha servido para garantizar los derechos patrimoniales de quienes son sus poseedores y para mediatizar los conflictos redistributivos o colectivos a pesar de que pueda quererse algún principio de justicia como resultado, como lo propone Bobbio por ejemplo, cabe ciertamente la pregunta de hasta donde el modelo de derecho monista, formalista y patrimonialista es capaz de dar respuestas frente a sucesos que concurre a su vez a originar; así como también el cómo hacer para construir, desde el derecho, un sistema de procesamiento jurídico que escape de la abstracción y del inmovilismo de las relaciones sociales. Si asumimos la perspectiva de considerar a la sociedad en sus interacciones y en el movimiento que la produce y que se tiende constante, el asumir una epistemología del movimiento nos obliga a repensar el modelo jurídico que estableciendo derechos adquiridos absolutos con ello declara inamovibles las situaciones ya garantizadas, lo que en el mediano y largo plazo las transforma en privilegios que obstan a una integración social derivado del carácter excluyente absoluto de la posesión individual.

Mientras que en la configuración occidental moderna de lo jurídico las formas sirven ya para cosificar y naturalizar situaciones, ya para ritualizar procedimientos de mediación, donde el rito como sinónimo del orden reemplaza al origen y al desenlace del proceso, en una mirada compleja y caótica de la sociedad esa mediación del orden y del desorden queda ya no atrapada en un campo de la inclusión/exclusión, sino desenvuelta, desplegada en el movimiento de organización del orden y el desorden bajo un juego de su condición de posibilidad de creación de operacionalidades susceptibles de uso soberano.

La primera resolución es volver al primer movimiento de nuestro método de trabajo sobre la realidad, esto es, hacer visible lo real; y para ello resulta indispensable descolonizar nuestra percepción del orden para visualizar como caos

y cosmos, orden y desorden se suceden en una sucesión de acontecimientos que se integran de manera poli lógica, reconstruyen sus puntos de integración y son co-genésicos de resultados que al adquirir periodización regular se nos vuelven aceptables. La obsesión por interpretar el caos desde el punto de vista del orden debe dejar paso a una interpretación global, que salva las fronteras de las diferentes disciplinas y acepta la paradoja que convierte lo simple y lo complejo, el orden y el caos, en elementos inseparables. Al contrario del paradigma de la separación excluyente y de la punición de la diversidad y del conflicto, una teoría dinámica y compleja de lo social admite que sobre esa separación disyuntiva de éstos momentos del movimiento de lo vivo, sobre el orden y el desorden, late la posibilidad de la organización como movimiento de reunificación no unitario, de manera que a diferencia del orden que tiene siempre a proponernos una salida monista de su normalización, el caos simbólico y su ejerció fáctico que denominamos como desorden es “portador de una infinidad de posibles, de una fecundidad inagotable, es él mismo generador del orden; hace de éste un accidente, un acontecimiento”.<sup>1255</sup> Aún cuando aceptemos que la organización de la sociedad tiende a una cierta unificación, ello no quiere decir unidad ni uniformidad, de manera que los reduccionismos crean complicaciones más que aportar soluciones.

Cuando señalo que frente al espacio cerrado de la certeza, en tanto producido como lugar de lo cierto, se abre el de lo no normativizado ni normalizado, donde existe una posibilidad de conjugar reglas que lo completen en una perspectiva materialista y finalista, apunto por un lado, desde el punto de vista simbólico, a lo que he llamado un derecho para el caos, es decir uno que abierto ante el vacío abismal de lo múltiple realice sus movimientos pensando precisamente en que el acto gnoseológico y práctico de una episteme transmoderna se centra en su definición de lo inacabado como dato, proceso y objetivo permanente. Pero, por otro lado, se define esta nueva juridicidad en una concepción de la conflictividad no como dato negativo sino como sustrato de realidad material sobre el que trabajar, que contiene en su movilidad y tensión la posibilidad de un desenlace recreator del momento de conflictividad, toda vez que al hecho cierto de que, mirado a posteriori,

---

<sup>1255</sup> Balandier, Georges. *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2003. Página 44.

la sociedad siempre se alimenta de los datos novedosos que el conflicto le aporta, se adopta una mirada positiva sobre ella que, en la perspectiva de solución del conflicto se traduce en ese movimiento de completud del vacío que la presencia del caos, del movimiento de los sucesos, aporta. Afirmar el caos o el conflicto en su positividad es afirmar la diversidad y la posibilidad de la reconstrucción de los ordenes sociales micro, mezo y macro, y con ello de los procesos culturales como legitimidad de origen y de llegada de toda nueva juridicidad.

Como lo señala el mismo Balandier, “A una lógica del orden, oponen una lógica de lo contradictorio y la incertidumbre”<sup>1256</sup>, lo que impide que el juego organizativo se cierre de modo que se excluya toda modificación de los estados, impidiendo la cosificación. Así un derecho que se propone al caos se caracteriza por su movilidad de completud como proceso permanente, a la interacción de reciprocidad co-creadora constante, en el triple sentido de a) mantener una mirada abierta sobre la realidad en base al conocimiento de su estado y mutación material y no conceptual; b) mantener un movimiento de sentido de satisfacción de las necesidades en el sentido de satisfacción de las carencias detectadas; y c) de velar por la comprensión e integración del movimiento y no por su encierro. Al respecto se trata de provocar y proponer constantemente formas de organización que sean comprensivas de ésta complejidad, de construir sistemas y operacionalidades conceptuales, cognitivas e instrumentales de fluidez para el cambio antes que de cosificación. Un derecho complejo, que integre y trabaje el conflicto en una perspectiva de juridicidad finalista y desacralizada, que recupere las cosas, los espacios y las interacciones para su uso re organizativo y potencialmente instituyente por genésico.

La alternativa a crear es resolver la disyuntiva que nos pregunta si permanecemos en órdenes inmovilizados e inalterables o nos abrimos el campo del derecho como construcción de derechos, esto es, de nuevas relaciones que conformen esa juridicidad; no como oposición excluyente sino como tránsito y continuidad.

---

<sup>1256</sup> Balandier, Georges. Op. cit. Página 131.

Se trata no de actos de obediencia o acatamiento unilateral frente al orden sino de de la producción y ejercicio de actos de reapropiación de las soberanías territoriales, simbólicas y jurídicas, es decir, de las subjetividades; mapas en que nos desenvolvemos y que a diferencia de las individualidades aisladas y conectadas solo por la forma contractual, se trata de religar a los individuos con sus colectivos y a estos con las individuaciones necesarias para religar el tiempo y la existencia en un ahora poderoso. Para ello, a diferencia del paradigma moderno es necesario contar no solo con teorías bien ensambladas con estas, sino sobre todo con una teoría y práctica que construya y cuente con instrumentos que permitan esas reapropiaciones.

Lograr lo antes propuesto conlleva el hacer del derecho no un acto de imputación sino **un instrumento esencialmente dialógico**, en una doble perspectiva: la de su devenir interno constituido esencialmente en el espacio retórico del derecho, y la relación de estas ideas procesales y lúdicas con una teoría de los Derechos materialista y finalista.

La primera de las perspectivas nos reconduce al tema del proceso, pero atendiendo ahora al habla de los sujetos que intervienen en él. En los procesos formales los sujetos que intervienen más que sujetos son, como bien lo señalan los códigos, partes procesales, que representan intereses cerrados y participan de una dinámica de juego de suma cero, con exclusión de otras opciones que no sean el sometimiento por declinación voluntaria de sus posiciones cerradas. Solo para renunciar a sus pretensiones son sujetos plenos, en lo demás son en verdad objeto de decisiones de legitimidad formal. En éste tipo de procesos las partes en verdad no se comunican ni dialogan, sino que debaten y fijan posiciones sobre las cuales un tercero debe decidir por ellas, de modo que son excluidos de la decisión, de la razón de su victoria como de sus derrotas, así como también de los efectos que de ella se suceden. Si la adjudicación depende de la fuerza y de la razón de ese tercero que es el sentenciador los sujetos son desubjetivados, pierden protagonismo y desechan su experiencia, trasladándola a experiencia de razonamiento formal que se reconstituye como verdad. En verdad no existe comunicación toda vez que no se reconoce al otro como un legítimo otro, sino como una contraparte a vencer, que traduce el conflicto

en competencia pero que no necesariamente lo resuelve. En relación de interdependencia y no de subordinación o desplazamiento la recuperación del habla, del lenguaje comunicativo debe tener un sentido comunitario y no uno individualista, de manera que se desarrolle en un escenario, en una plataforma comunicación e interrelación de los sujetos y no de oposición entre ellos en base a intereses aislados e individuales.

En ese espacio los sujetos del conflicto jurídico pueden y deben definir un espacio determinado donde puedan a su vez establecer objeto del conflicto, analizarlo, fijar sus acuerdos y disensos y definir las vías de acción. En un segundo momento se trata de establecer interacción más allá del grupo con quiénes son visualizados como responsables o co-instituyentes del punto de conflicto y co-participantes de la salida eventual. A diferencia de los sistemas formales de procesamiento, en que el otro es visto como un contrario, acá el otro es parte del problema y parte de la salida, aun cuando los intereses sean radicalmente opuestos y la salida requiera incluso de un aumento de la conflictividad y la tensión. El otro no es un afuera sino una parte del sistema de sujetos-entorno-relaciones en que se desarrollan.

La segunda perspectiva que debe adquirir centralidad entonces es la producción permanente de un horizonte de sentido que podemos denominar como de **derechos fuertes**, es decir de base material y finalismo orientado a las necesidades a que constantemente nos hemos referido.

A diferencia de las visiones formalistas de los derechos, en que el centro de la discusión se pone en la consagración de listados de éstos y sus garantías formales en estatutos y cartas que agotan en su enunciación su substancialidad, por lo que solo pueden activarse en un decir también formal y enunciativo como es su constante judicialización, un derecho materialista y finalista se abre permanentemente a la complejidad de las relaciones sociales, materiales y culturales que llevan al cumplimiento o negación y conculcación de esos derechos.

Con esta integración de sentidos, planos de realidad materiales y simbólicas abiertamente declarados, con preeminencia de lo material, con un horizonte de

sentido finalista y sujetos presentes, activos y participantes en la decisión, lo que se abre es la imperiosa necesidad de redefinir en y para el derecho el valor justicia, establecer si este es el valor final o si por el contrario un derecho finalista y materialista queda marcado por la conjunción de justicia<sup>1257</sup>, Dignidad Humana y sustentabilidad bio-psico-social de las decisiones y construcciones sociales.

El conocido y manido principio enunciado de Ulpiano sobre la justicia de **"dar a cada uno lo suyo"** ha sido banalizado, descontextualizado e interpretado subliminalmente de manera individualista. Al cuestionarlo se descubre su contenido: ¿quién es ese cada uno?, ¿que es lo suyo que corresponde a ese cada uno? Sobre la base patrimonial y formal del derecho moderno no es ni siquiera la atribución de un orden naturalista en que atiende a lugares de casta, de orden teológico o meritocrático, sino que los sujetos imaginados en abstracto como formalmente iguales y sin importar las diferencias sociales quedan expuestos a quedar sin nada nuevo que lo que ya tienen, su posición en las relaciones sociales.

El problema de definir la justicia en forma abstracta es su falta de medida, su inconmensurabilidad práctica, su vaciamiento en el significante reiterado y que en esa repetición sin materialidad se vuelve inútil sin objetivización de sus resultados. Hasta ahora hemos señalado que la medida de la justicia material se refiere a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales y al señalar su contenido material hemos querido decir realidad estructural y de distribución de clases o estados en el lugar social. Podríamos así enunciar un principio de justicia distinto al de dar a cada uno lo suyo por el de **la justicia consiste en satisfacer en cada uno y en todos sus necesidades fundamentales**. Puede apreciarse que el contenido que su sentido es diferente, y sin embargo aún no es suficiente.

He sostenido reiteradamente que necesitamos para construir una nueva juridicidad de al menos cuatro elementos fundantes:

1. La realidad material.

---

<sup>1257</sup> Como recálculo de la realidad frente al cálculo del derecho, como lo sostiene magníficamente Jacques Derrida en su libro *Fuerza de Ley*.

2. La finalidad de satisfacción sinérgica de necesidades.
3. El principio de comunidad opuesto a la antropología individualista propietaria.
4. Una fuerte decisión instrumental que nos permita elaborar, aplicar y medir los resultados de ésta nueva juridicidad.

Sin embargo la declaración de la justicia como esfuerzo por satisfacer en cada uno y en todas sus necesidades fundamentales puede contener los tres primeros elementos pero no el aparato instrumental operacional, el que siempre requiere una construcción explícita y políticamente intencionada. Dado que hemos apostado para construir un nuevo derecho, que requiere como topos también un nuevo sentido de justicia basada en la idea del pensamiento complejo, la mirada e integrada sobre la realidad es necesario encontrarla ya no en descripciones contextuales de otros momentos del modo de producción de lo social sino en pleno proceso de actualización en la etapa global.

Sabemos a partir de las nociones de sistemas sociales concretos, tomados de autores como Immanuel Wallerstein y Samir Amin, que el mundo social y productivo contemporáneo y global se estructura en una serie de sistemas intercalados, superpuestos y reunidos a partir de sus diferencias, en que concurren sobre el espacio social de la producción social, política, cultural y económica modos de producción pertenecientes a momentos distintos del desarrollo de modos, procesos y tecnologías, de manera que en un mismo espacio más o menos acotado pueden encontrarse co actuando sujetos que actúan, ejercen y se mueven en espacios de producción diferentes, unos más complejos que otros, unos más tecnologizados que otros, unos más integrados a sistemas de intercambio global que otros. Y si hay algo que caracteriza el sistema-mundo y la economía-mundo es que en ellas la forma, oportunidades y resultados de la concurrencia dependen de la ubicación de los sujetos y su acceso diferenciado a los recursos.

Si hacemos un análisis de distribución de los sujetos, vamos a encontrar por ejemplo que próximos o lejanos se encuentran interactuando sujetos tan similares pero tan diferentes como un zapatero arcaico, una fábrica de producción maquinizada o un distribuir de calzados importados y elaborados en u proceso de maquila, o lo mismo con sistemas de información de producción de alimentos, conocimiento, ocio, etc. La pregunta es como satisfacer necesidades sin olvidar la base material diferente de cada uno. Hasta ahora el principio de la igualdad ante la ley ha resultado hegemónico en convencernos que igual principio de medida puede provocar diferentes resultados pero todos ajustados en una unidad mayor e ideal. Ello no es así, un principio que pretenda producir justicia requiere construir un principio distinto que atienda a la ubicación social y material distinta de los sujetos a la hora de aplicar la regulación.

La complejidad normativa hoy es basta e intrincada como las ubicaciones sociales. Podríamos hablar de la existencia de un verdadero **sistema-juris, o Derecho Mundo**, que se compone de la doble articulación de la evolución y coexistencia de tipos de estado, naturaleza de los derechos positivos en juego, tipos de racionalidades de juridicidad y tipos de legitimidad, como lo muestra el siguiente cuadro<sup>1258</sup>:

Tabla 11. Cuadro comparativo de sistemas de derecho.

Tipo de Estado.	Naturaleza del derecho Positivo.	Tipo de racionalidad.	Tipo de legitimidad.
<b>Liberal.</b>	Formal	Formal	Legal racional
<b>Providencia</b>	Instrumental	Material	Legitimación por resultado
<b>Neoliberal.</b>	Referencial	Reflexiva	Legitimación por procedimiento.

<sup>1258</sup> Construido a partir de las descripciones hechas por José Eduardo Faria en su libro *El Derecho en la Economía Globalizada*. Editorial Trotta. Madrid. 2001.



Si consideramos esa condición de desarrollo normativo jurídico nos queda entonces determinar sobre qué y sobre quien se aplica cada tipo de derecho. Examinemos entonces el siguiente cuadro que he construido dando cuenta de los distintos momentos de desarrollo y ejecución del modo de producción en la historia, el modelo económico en aplicación en cada una de ellas, el tipo de organización del trabajo, el tipo de estado y de su legislación y contratos tipo vigentes.

Tabla 12. Cuadro comparativo de evolución de la organización jurídica y social por épocas históricas.

época	Modelo económico.	Tipo de organización del Trabajo	Tipo de Estado.	Tipo de legislación	Tipo de Contratos.
850-1850	Liberal. Agrícola tradicional. Fabril.	Tradicional	Liberal	Liberal civilista y penal	Contrato de libre negociación y concurrencia.
1951-1979	Crecimiento económico como prioridad del desarrollo y redistribución con crecimiento económico.	Fabril organizado. Agrícola combinado. Burocracia pública y privada.	De bienestar.	Formal Material	Contrato homogéneo y de adhesión general.
1980-1990	Reestructuración económica.	Recurso humano tecnificado hacia la macroeconomía. Subsistencia modelos anteriores.	Capitalista Dual	Formal material instrumentalizado.	Contrato homogéneo y de adhesión general y forzada.
1991-2000	Neoliberalismo consolidado.	Servicios avanzados y tecnificación máxima	Neoliberal	Desregulada, de retracción y residual material.	Contrato de adhesión impuesta.
2001	Reordenamiento económico global y por estratos.	Exclusión por conocimiento y origen.	Relacional Globalizado.	Reflexiva.	Contrato funcional relacional abierto

Podremos ver así que en cada uno de esos cuadros se ubicaron en su momento sujetos, comunidades y tipos de relaciones entre ellos; pero lo que es más importante de apreciar es que en la complejidad y diversidad de relaciones económicas que hoy existen muchas de las arcaicas subsisten y cohabitan con modos más actuales de producción, de organización y de relaciones sociales que con ellas se verifican.

Frente a ello el principio de igualdad ante la ley simplemente naufraga, hace aguas y se vuelve ineficaz. Porque, ¿cómo aplicar un derecho global a una producción social feudal o semifeudal?, o viceversa, como hacer efectivo un derecho contractual individualista de circulación restringida a un intercambio global en tiempo real? El principio de igualdad abstracta es discutido ya no solo por el contrario argumentación ideológica sino por la realidad que lo vuelve ineficiente, ineficaz, obsoleto. Si se quiere operar con certeza aproximativa a resultados más equitativos pero a la vez más discernibles y comprobablemente probables, se debe buscar un principio distinto de aplicar la misma medida a todas las circunstancias y aplicar a cada uno la triple conjunción de aquel marco regulatorio tempo/espacial/relacional que más se aproxime o encuadre en su situación material de desarrollo, complementado por una búsqueda de norma o principio más adecuados a la solución sin importar su jerarquía y corregidas con una acción de satisfacción de la necesidad concreta determinada materialmente. Pensemos a la manera de un juego de ajedrez en que hay que hacer calzar la realidad de un cuadro en otro que lo aproxime por movimientos de las piezas hacia el tablero y no al revés.

Es en la aproximación a la utilización de lo múltiple lo que marca la zona de construcción de un estado de justicia que no es fijo sino articulable, las zonas aledañas no marcan no justicia sino marcas de transición y grado

Así nos lo muestra el siguiente gráfico.

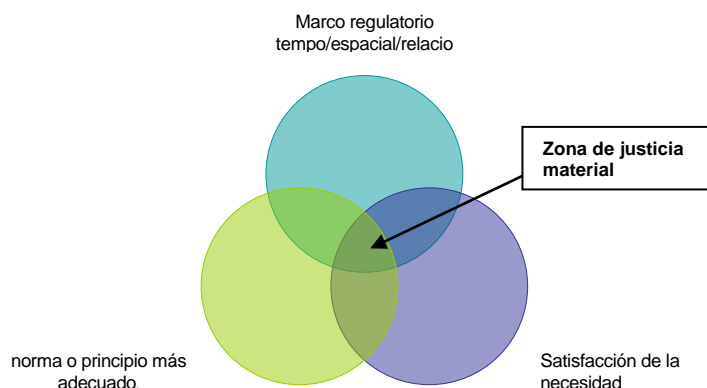


Ilustración 23. Mapa conceptual de estados de satisfacción de la necesidad/justicia.

A diferencia del principio de justicia liberal individualista que es un principio de atribución por posesión, nuestro principio de justicia es entonces un principio activo de búsqueda de la mejor confluencia de los elementos, búsqueda lúdica y aproximativa, a la manera como la utilización de buscadores del ciberespacio operan<sup>1259</sup>. Por aproximación de ubicuidad más sentido finalista estaremos en mejores condiciones de construir soluciones justas que por principios de atribución imperativos que no admiten revisión, retroacción ni circularidad.

La cuestión amerita urgencia ética y estética.

<sup>1259</sup> Hay que tener en mente acá el modelo cibernético virtual en que operan los buscadores en la Web. Estos no entregan nunca un resultado único sino listados de aproximaciones y coincidencias de entre los cuales hay que ubicar el más adecuado agregando factores que mejoren la aproximación. O pensemos programas de ubicación de puntos en un mapa o en la representación satelital que hace el programa Google Eart que no solo entrega un punto del mapa sino a la vez alternativas diferentes si existen coincidencias de nombres como también visiones en planos generales, aproximaciones subsecuentes, planos inclinados, combinaciones con fotografías y links a paginas de información de lectura, etc. Ese modelo de pensamiento no es probable sea llevado a la juridicidad si se continua en le paradigma de la certeza y la respuesta y no en uno de búsqueda y pregunta.

### **Mirada circular, razón cíclica.**

Contra la pesadez y linealidad de la razón jurídica moderna se requiere un pensar que para los glosadores de la tautología normativa y los adaptadores de la realidad por subsunción debe parecer delirante. Y afirmativamente, por lo mismo, lo es y puede serlo no en su ontos sino en su kairos: el inverso verso que subvierte y a su vez provoca una ontogénesis creativa.

Se necesita en consecuencia exponer o mejor dicho recomponer, a la manera de un cristal de luz, todo lo anterior de una manera gráfica precisamente porque se necesita no sólo una comprensión mental sino también visual distinta de la juridicidad moderna. No basta una relación sino también una rotación.

Al derecho moderno le correspondió la idea de suplantar la moralidad por la eticidad para confirmar la primera, ética de norma abstracta, universalizante, que vuelve el pensamiento del parámetro en un espacio de control total. La recuperación del instante impone a la manera de un calidoscopio teórico el rescatar y refundar para el paradigma nuevo, emancipador, complejo, holístico, la condición de posibilidad de no solo una ética diferente a la de la imputación normativa, sino una ética cuántica que deviene en estética afirmativa de las multiplicidades habitables.

Recuperemos un poco de estética para refundar.

Roberto Matta el pintor surrealista chileno que vivió en el mundo y murió en París escribía en su *Discurso sobre los derechos humanos del pintor, pronunciado en el foro sobre la cultura chilena que tuvo lugar en Torun (Polonia) en mayo de 1979*<sup>1260</sup> un poema-discurso que comenzaba diciendo:

Esta historia es tan redonda  
Como redonda es la tierra  
y por eso para verla

<sup>1260</sup> <http://poesia-periferia.blogspot.com/2006/07/discurso-del-pintor-roberto-matta.html> visita 23 Abril 2009.

redondo ha de ser el ojo.

Ahoranza es ver el centro  
 desde el centro de la esfera  
 un ver que es ver de una vez  
 un alboroto en la vista.

En su cuento *El Aleph*<sup>1261</sup> Jorge Luis Borges de forma inquietante describe en el sótano de una casa una esfera fantástica, una especie de ojo de dios, el aleph, que describe como *“el lugar donde están, sin confundirse, todos los lugares del orbe, vistos desde todos los ángulos”* y señala a propósito del problema de la credibilidad y la verdad que *“La verdad no penetra un entendimiento rebelde. Si todos los lugares de la Tierra están en el Aleph, ahí estarán todas las luminarias, todas las lámparas, todos los veneros de luz.”*. Allí es donde todo puede verse que es la forma de experienciarse más fantástica para un escritor ciego.

En la canción *Light my fire*<sup>1262</sup>, del grupo de rock The Doors, Jim Morrison canta:

El tiempo para dudar está de principio a fin  
 No hay tiempo para revolcarse en el barro  
 Inténtalo ahora, sólo podemos perdernos  
 Y nuestro amor será una pira funeraria

En su disco *Innuendo* el grupo Queen<sup>1263</sup> dice:

Si hay un punto,  
 si hay una razón para vivir o morir

---

<sup>1261</sup> <http://www.apocatastasis.com/aleph-borges.php> visita 23 de Abril 2009.

<sup>1262</sup> Time to hesitate is through

No time to wallow in the mire

Try now we can only lose

And our love become a funeral pyre

[http://www.letras4u.com/the\\_doors/light\\_my\\_fire.htm](http://www.letras4u.com/the_doors/light_my_fire.htm) visita 23 de Abril 2009.

<sup>1263</sup> <http://www.musica.com/letras.asp?letra=838091> visita 23 de Abril 2009

Si hay una respuesta a las preguntas  
 hemos nacido para preguntar  
 Muéstrate a ti mismo -  
 destruye nuestros miedos -  
 libera tu máscara  
 Oh nos mantendremos intentando  
 Hey prueba esa elegante línea  
 Sí, nos mantendremos sonrientes, si  
 Y lo que sea que pase, pasará  
 Simplemente nos mantendremos intentando  
 Simplemente nos mantendremos intentando

¿Como entonces se vuelve todo un intento, un punto de aproximación y fuga, un eterno retorno a la pregunta en que la verdad es un problema secundario frente al de la acción que evita la muerte por inanición?

“El dolor dice Pasa.  
 Más todo placer quiere eternidad  
 Quiere Profunda profunda eternidad”<sup>1264</sup>

La cuestión es que el tiempo del instante es el tiempo de la mirada y del pensamiento y de la acción a la vez, los espacios que parecen quedar entre uno y otro son líneas atenuadas. Frente al contrato y su tiempo de inicio y termino del contacto totalizante, frente a la ley como fin de principio y derogación de un poder soberano que se extiende pero no regresa a sus originales, se requieren adoptar nuevos métodos, miradas y formas sobre la realidad y la percepción de ello, donde no estamos dentro ni fuera sino que somos la latencia de lo existente pero también la condición de posibilidad de lo imposible en sus aproximaciones que son ejercicios del todo pero no totales.

Dijimos que en el centro del derecho liberal estaba la inmovilidad a la que levantábamos otro núcleo vivo de lo jurídico, que expresábamos gráficamente de la forma siguiente:

---

<sup>1264</sup> Nietzsche Friedric. *Así habló Zaratustra*. Alianza Editorial. Madrid. 1997. Página 437.

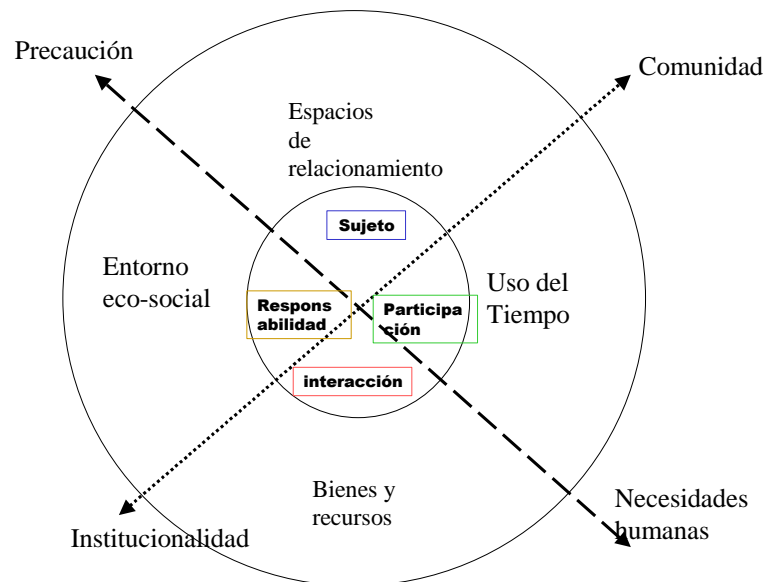


Ilustración 24. Visión integrada de un sistema jurídico.<sup>1265</sup>

Frente a la linealidad etapista del razonamiento decisorio de la juridicidad moderna levantamos una trama de articulaciones de elementos expositivos, comprensivos, movilizados, decididores y revisables. Intente así construir frente al movimiento lineal de tres etapas del decisionismo jurídico moderno una red de razonamiento complejo, que era la siguiente:

<sup>1265</sup> Ver Ilustración 8.

Tabla 13. Tabla hermeneútica de razonamiento jurídico complejo.

<b>Conflicto</b>	<b>Categorías</b>	<b>Ponderación justificada</b>	<b>Decisión</b>	<b>Efectos previsibles</b>	<b>Momento de revisión posible.</b>
<b>Sujetos:</b> Quien es, con descripción de si son individuales, colectivos, permanentes, etc.	<b>Ser.</b> Situación en que cada sujeto se presenta a primera revisión.	Relacionamiento de orden de los elementos.	Fundada.	Directos para los sujetos involucrados.	Beneficios y oportunidades esperables.
<b>Intereses:</b> Pretensiones explícitas de cada uno.	<b>Existencia.</b> Condiciones de vida de cada sujeto a propósito de la situación de conflictividad discutida.	Combinaciones posibles de reordenamiento.		Para el entorno inmediato de cada uno.	Efectos en los sujetos vs. Efectos esperables.
<b>Necesidades:</b> situación material de cada uno frente al problema.	<b>Materialidad.</b> Estado social y propietario de los sujetos y bienes involucrados. Posición y disposición social de cada uno.	Decisiones posibles para la elección.		Consecuencias medioambientales	Efectos de entorno versus los esperables.
<b>Situación temporal:</b> Historia de origen y desarrollo del problema.	<b>Relacionalidad.</b> Tipos de relaciones entre los sujetos, tales como subordinación, dependencia, explotación, asociatividad, etc.,	Fundamentos de la elección de una de las decisiones posibles: beneficios y oportunidades esperables.		Consecuencias sociales esperables.	Consecuencias medioambientales reales.
<b>Marco territorial espacial.</b>	<b>Finalidad:</b> Necesidades explícitas que cada sujeto requiere satisfacer.	Dificultades ponderadas de tal elección.		Consecuencias y obligaciones institucionales.	Consecuencias sociales detectadas.
<b>Bienes involucrados:</b> Enumeración, situación de cada uno, posesión sobre cada uno.	<b>Precaución:</b> medidas aplicables para evitar aumentar el conflicto mientras se trabaja su resolución-				Estado original de los sujetos vs. estado actual



<b>Bienes disponibles:</b> Susc eptibles de transferencia, negociación o dejación por cada sujeto.	<b>Responsabilidad.</b> Acuerdos y/o imposiciones de hacer y no hacer sobre cada sujeto mientras se resuelve el conflicto.				Grado de satisfacción de las necesidades.
	<b>Colectividad.</b> Número de involucrados/afecta dos por el conflicto y eventual decisión.				Verificación de cumplimiento de precauciones y responsabilida des.
	<b>Conectividad.</b> Formas de comunicación entre los sujetos involucrados.				Formas de comunicación desarrolladas post decisión entre los sujetos involucrados.

Señalamos que no había derecho ni justicia sin lugar y que todo lugar es habitado por alguien y que del lugar depende la posición, la disposición, el poder y la subjetividad posible. Sin sujeto en sus espacios no hay sociedad ni derecho, solo territorio, alguien vendrá por él con sus cercos. Los espacios tempo-espaciales-institucionales que establecimos fueron del siguiente tenor:

Tabla 14. Cuadro comparativo de evolución de la organización jurídica y social por épocas históricas.<sup>1266</sup>

época	Modelo económico.	Tipo de organización y del Trabajo	Tipo de Estado.	Tipo de legislación	Tipo de Contratos.
1850-1850	Liberal. Agrícola tradicional. Fabril.	Tradicional	Liberal	Liberal civilista y penal	Contrato de libre negociación y concurrencia.
1951-1979	Crecimiento económico como prioridad del desarrollo y redistribución con crecimiento económico.	Fabril organizado. Agrícola combinado. Burocracia pública y privada.	De bienestar.	Formal Material	Contrato homogéneo y de adhesión general.
1980-1990	Reestructuración económica.	Recurso humano tecnificado hacia la macroeconomía. Subsistencia a modelos anteriores.	Capitalista Dual	Formal material instrumentalizado.	Contrato homogéneo y de adhesión general y forzada.
1991-2000	Neoliberalismo consolidado.	Servicios avanzados y tecnificación máxima	Neoliberal	Desregulada, de retracción y residual material.	Contrato de adhesión impuesta.
2001	Reordenamiento económico global y por estratos.	Exclusión por el conocimiento y origen.	Relacional Globalizado.	Reflexiva.	Contrato funcional relacional abierto

Mostramos finalmente la red de un derecho complejo, múltiple, móvil, movilizador, reticular, recurrente, reflexivo, contactante, conectante. Una red que se pretende tridimensional y móvil en su forma de expresarse.

<sup>1266</sup> Ver tabla 12.

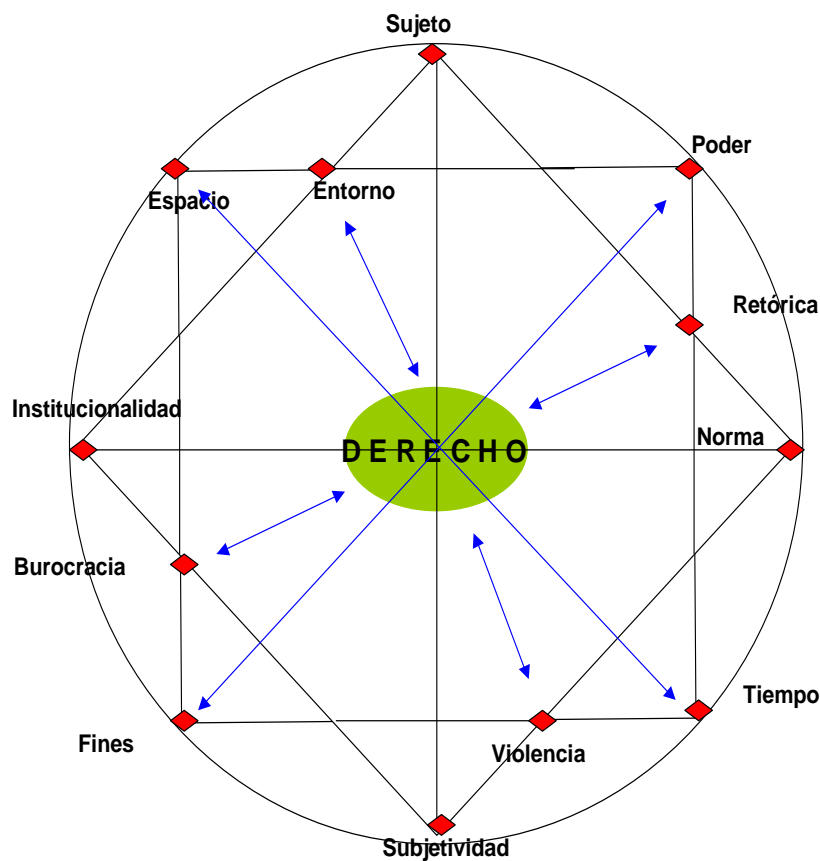


Ilustración 25. Visión compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.

Conviene entonces asumir el problema de la representación que aquí planteo, porque no es solo un juego de gráficos, no se trata de una serie de medidas y presentaciones sino de un repensar, reproducir y asumir también estéticamente la problemática de un derecho nuevo, no lineal, no repetitivo, nunca inmóvil.

Rearmemos, reconstruyamos, instituyamos un derecho redondo como el ojo, lugar de ángulos, de la pregunta y el intento, de la eternidad aprehensible del instante.

Primero paso a paso una expresión gráfica del modo y movimiento del razonamiento decisonal jurídico moderno para comprender como opera esa línea a nivel interno y externo para producir un movimiento que es lineal y dialécticamente conservador.

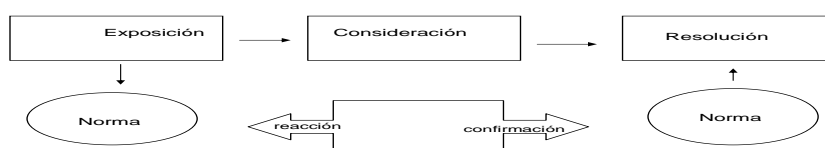


Ilustración 26. Modo de razonamiento jurídico moderno.

Tomemos ahora nuestros elementos que diferencian el modo del pensamiento y paso a paso reordenemos y reubiquemos en el espacio.

Miremos el núcleo que transduce y se traduce en la comprensión compleja.

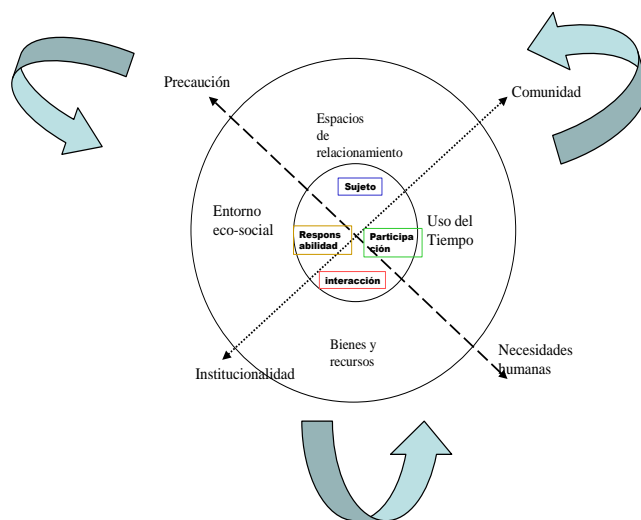


Ilustración 27. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.

Aproximemos como horizonte la ubicación espacial, temporal y reticular del saber, el razonamiento y el decir;

Conflicto	Categorías	Ponderación justificada	Decisión	Efectos previsibles	Momento de revisión posible.
<b>Sujetos:</b> Quiénes, con descripción de si son individuales, colectivos, permanentes, etc.	<b>Ser:</b> Situación en que cada sujeto se presenta a primera revisión.	Relacionamiento orden de los elementos.	Fundada.	Directos para los sujetos involucrados.	Beneficios y oportunidades esperables.
<b>Intereses:</b> Presiones explícitas de cada uno.	<b>Existencia:</b> Condiciones de vida de cada sujeto a propósito de la situación de conflictividad discutida.	Combinaciones posibles reordenamiento de		Para el entorno inmediato de cada uno.	Efectos en los sujetos. Efectos esperables.
<b>Necesidades:</b> situación material de cada uno frente al problema.	<b>Materialidad:</b> Estado social y propietario de los sujetos y bienes involucrados. Postura y disposición social de cada uno.	Decisiones posibles para la elección.		Consecuencias medioambientales.	Efectos de entorno virtual los esperables.
<b>Situación temporal:</b> Historia de origen y desarrollo del problema.	<b>Relacionalidad:</b> Tipos de relaciones entre los sujetos, áreas como subordinación, dependencia, explotación, asociatividad, etc.	Fundamentos de la elección de una de las decisiones posibles: beneficios, oportunidades esperables.		Consecuencias sociales esperables.	Consecuencias medioambientales reales.
<b>Marco territorial espacial.</b>	<b>Finalidad:</b> Necesidades explícitas que cada sujeto requiere satisfacer.	Dificultades ponderadas de tal elección.		Consecuencias y obligaciones institucionales.	Consecuencias sociales directas.
<b>Bienes involucrados:</b> Enumeración, situación de cada uno, posesión sobre cada uno.	<b>Precaución:</b> medidas aplicables para evitar aumentar el conflicto mientras se trabaja su resolución.				Estado original de los sujetos es, estado actual.
<b>Bienes disponibles:</b> susceptibles de transferencia, negociación o dación por cada sujeto.	<b>Responsabilidad:</b> Acuerdos y/o imposiciones de hacer y no hacer sobre cada sujeto mientras se resuelve el conflicto.				Grado de satisfacción de las necesidades.
	<b>Colectividad:</b> Número involucrados/afectados por el conflicto y eventual decisión.				Verificación de cumplimiento de precauciones y responsabilidades.
	<b>Conectividad:</b> Formas de comunicación entre los sujetos involucrados.				Formas de comunicación desarrolladas post decisión entre los sujetos involucrados.



Ilustración 27.1. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.

Alleguemos por proximidad la situación y el lugar del sujeto en el derecho mundo.

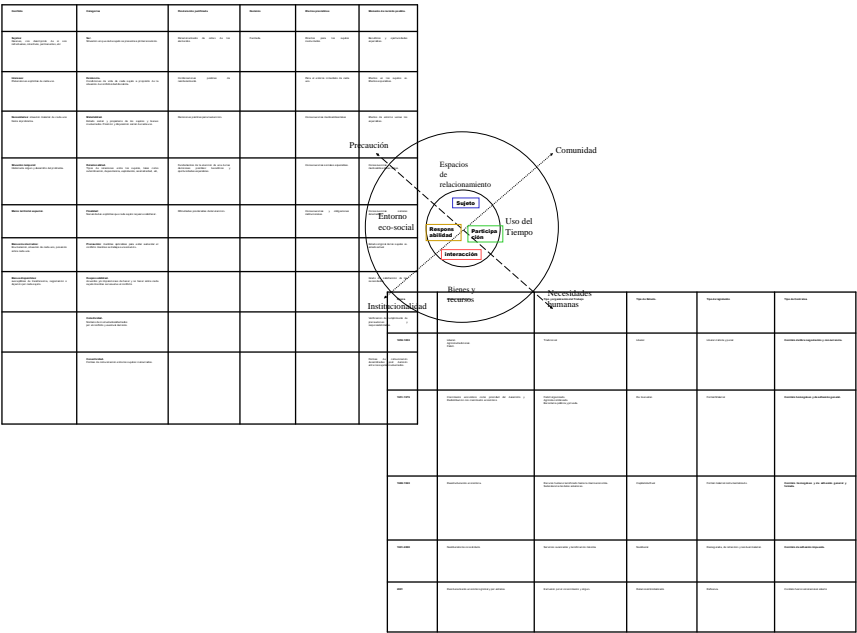


Ilustración 27.2. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.

Lancemos sobre ello la red comprensiva de un derecho materialista, finalista, holístico, sinérgico y complejo.

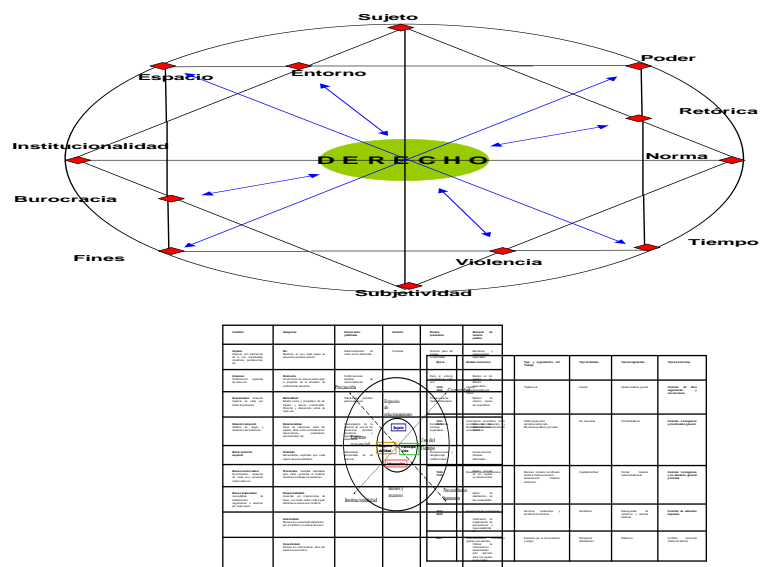


Ilustración 27.3. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.

Tensemos y dispongamos la red para encerrar los elementos.

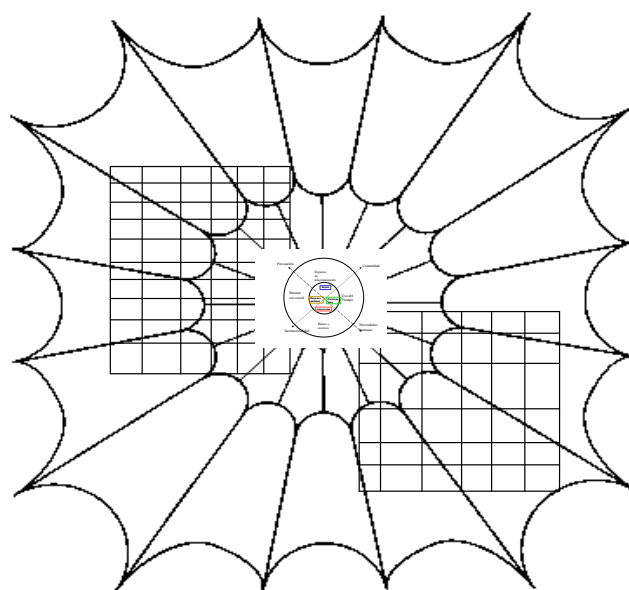


Ilustración 27.4. Elementos del sistema de derecho puestos en movimiento.



Para verlo redondo ha de ser el ojo.

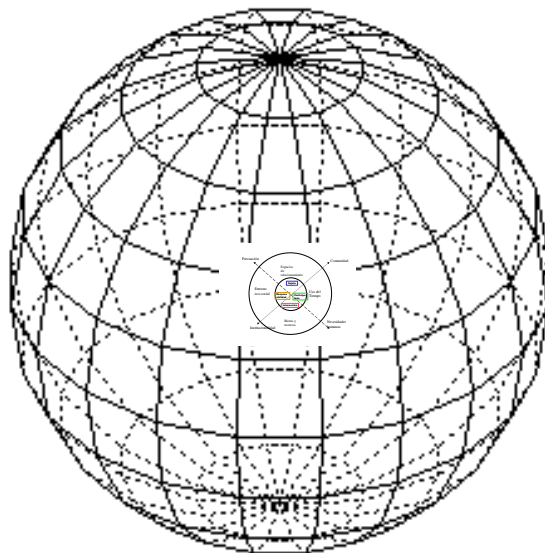


Ilustración 28. Visión holística del sistema compleja, integrada, relacional y de apertura del derecho.

### **Diez principios para otro derecho.**

La tarea que nos hemos propuesto es la del movimiento, la del cambio, de la recurrencia y adaptación por transformación de modo permanente. Pero sabemos, porque hemos recurrido a una revisión y reconstrucción de historia y de sus tendencias, y que la producción de un determinado orden jurídico, su ratio, su régimen, depende además de las producciones culturales y sobre todo de las condiciones materiales y modos de producción presentes y enfrente a las acciones de los sujetos. Otro derecho que comienza a moverse desde la crítica a lo instituyente depende de ese desarrollo de condiciones, pero en su propia posibilidad de articulación de espacios y de incidencia en ellos puede, puntual y limitadamente, actuar a su vez como constituyente que prefigura su modo y sus posibilidades.

A su vez, a lo largo de todo éste trabajo he intentado recuperar el carácter instrumental, operacional, simbólico y práctico del derecho a partir de la argumentación filosófico jurídica, señalando sobre todo que todo hacer se genera, se prueba y se reconstruye en su hacer, es decir, en su afirmación y movimiento es donde se genera su potencia y se legitima su validez y eficacia. Y para moverse es necesario, sobre todo en el nomadismo, ciertos derroteros a objeto de evitar perderse y avanzar apegados, hasta donde las circunstancias lo permitan, a los objetivos de ruta inicialmente trazados.

¿Cómo retener los objetivos en un derecho en movimiento que rota y gira sobre su eje de sentido materialista y finalista sin que sus variantes rompan sus principios y éstos no lo inmovilicen nuevamente, vaciando el pensamiento complejo en un simple movimiento de baile fatuo?

Me parece que a la hora de pasar de la crítica jurídica a la afirmación de la condición de posibilidad de un nuevo derecho que vaya más allá del paradigma moderno, es necesario una vez más señalar la potencia de la afirmación. Para ello indico diez principios necesarios de tener a la vista para pensar y hacer otro derecho.

Primero. Los derechos no existen, no se tienen, ni poseen.

Fuera del paradigma esencialista, mecanicista y propietario los derechos no son una realidad permanente y que se pueda determinar existente y evolucionando a partir de su consagración en tablas, códigos y estatutos de derechos. Por muy importante que sea para los derechos la garantía tutelada de éstos y la institucionalidad ad-hoc, la existencia de los derechos y su ejercicio efectivo es siempre un problema relacional, histórico y de confrontación de fuerzas que pugnan por su horizonte instituyente y constituyente frente a la consagración formal, material u oculta de los privilegios y sus modo de producción y relaciones sociales que los sustentan. Los derechos no existen, no se extraen de un lugar sagrado ni aparecen por arte de magia. Los derechos se crean, se construyen, se generan, se lucha por ellos, por su aparición, su mantención, su consagración, su protección y aseguramiento.

Una vez que se establecen, ni siquiera un consenso muy amplio sobre ellos los declara y mantiene como parte del patrimonio de los sujetos. De hecho todo patrimonio se entiende tal para su defensa y privilegio en el intercambio. Nunca un derecho se tiene ni aun cuando todos acepten la necesidad de su existencia –el derecho a la vida es el mejor ejemplo – la permanente fragilidad de los derechos es su característica más importante porque nos recuerda la fragilidad de las relaciones sociales y de los tránsitos de estados de emancipación a los de dominación y las dificultades prácticas para revertir ese camino. Conviene estar atento a la cosificación de nuestras ideas en las conquistas y garantías de las situaciones de juridicidad que puntualmente llegaron a resolver un conflictillo y/o a satisfacer una necesidad para no confundir ese punto con el momento de la existencia. Solo recordando permanentemente la movilidad y recursividad de las relaciones sociales que originan y producen juridicidad puede evitarse el estar colonizado mentalmente y con ello política y culturalmente.

Fuera del paradigma propietario los derechos no se poseen se construyen, conquistan y ejercen y en tanto tales adquieren su potencia viva.

Segundo. Frente a un derecho del orden y que disuelve o reprime los conflictos lo necesario es un derecho que incorpore al caos en su organización comprensiva.

El paradigma de la certeza busca inmovilizar las situaciones y exorcizar así los miedos en la promulgación de una norma y en la protección de las situaciones frente a las múltiples acciones que la vitalidad le provoca, movimientos que producen conflictos de distinto tipo, intensidad y fundamento. Por ello observa todo conflicto como negatividad y en una dudosa economía de recursos orienta todos los esfuerzos a la protección de las situaciones existentes, de los estatutos adquiridos, de los privilegios patrimonializados a configurar a la vez espejismos y aparatos de certeza.

Fuera de ese paradigma, un derecho materialista y finalista quita toda negatividad al conflicto y lo entiende, precisamente, como la manifestación vital de la movilidad social, como la irrupción de puntos de disrupción en la apariencia de orden de las situaciones. Lejos de reprimir el conflicto se trata de procesarlo, de conocer sus causas materiales y buscar las necesidades en juego que lo originan y que en un reordenamiento permitan replantear el que, como y cuando de las necesidades humanas para su actualización y revisión. En el paradigma de la certeza todo orden es un cosmos estático, determinado, fijado y protegido. En un paradigma de la complejidad y la sinergia lo importante es atender al permanente flujo y reconfiguración de la realidad material y de sus relaciones. La totalidad nunca es posible ni la unificación de lo social en una unidad ficticia es una aspiración política que ha demostrado su imposibilidad y que necesita de la represión para mantenerse en condiciones de apariencia de estabilidad.

En un paradigma de la complejidad y la juridicidad material, el reconocer el caos como vacío es una potencia. Si no hay totalidad y sin embargo hay un vacío permanente por llenar y reconstruir, un derecho que tiende al caos es una oportunidad extraordinaria de completar ese vacío inacabable, no para la seguridad

y la certeza sino para mantener la movilidad de lo vital, y para asegurar su reproducción en condiciones de responsabilidad, sustentabilidad y relacionalidad.

Otro derecho posible requiere no aparatos de captura sino reprogramaciones performativas. No todo orden es un régimen como se nos ha impuesto, Un orden caosmico que se mueve de caos a cosmos, se alimenta de entropía y negaentropía, que adquiere su sinergia en su vitalidad y en la afirmación de sus contradicciones y sus reordenamientos es una condición construible y necesaria para evitar el condicionamiento de castas y regímenes de exclusión permanentes en la producción de lo común.

Como el derecho es siempre un uso de cierta cantidad de aparatos y dispositivos instrumentales, ello nos obliga a configurar sistemas jurídicos operacionales donde lo instrumental no sea únicamente una intervención por imputación y coerción. Para ello se convierte en un desafío mayor el construir instrumentales jurídicos, tanto para conocer como para analizar, procesar, interpretar, resolver e imponer, que contemplen dispositivos y momentos organizativos de recursividad, campos de resolución de aproximación a reordenamiento de posiciones de los sujetos para, en ese ensayo de resolución permanente, por repetición adecuatoria, acercarse a soluciones reconstructivas y no a la fijación de instantaneidades de certeza inamovible. Sin momentos de movimiento constante el instrumental, la lógica pluralista de la nueva juridicidad y la operacionalidad del derecho como campo de resolución de los conflictos en un sentido reconstructivo carecerán de sentido y tenderá a disolverse en una canalización ritualística distinta a la norma, pero susceptible de vaciarse al igual que ésta.

Tercero. Un derecho para las necesidades es un derecho del instante.

En el paradigma de la posesión las necesidades se reducen a la propiedad y a su aplicación unidimensional y aditiva para satisfacer todas aquellas que se presenten.

En un paradigma jurídico finalista las necesidades no son una resolución patrimonialista sino una producción relacional sinérgica y ello requiere plantearse otra forma de relaciones pero esencialmente una reconstrucción del modo de concebir el tiempo.

Sabemos que no existe un tiempo único sino que su producción depende de la matriz cultural e ideológica en que se sustente un proyecto social, así como también que es posible reconocer en la vivencialidad momentos de producción temporal distintos. Colonizados hasta ahora en la idea lineal del tiempo se pierde permanentemente el ahora y con ello la potencia del instante.

Un nuevo pensamiento jurídico requiere en su operacionalidad y legitimidad vivencial establecer siempre el instante y el ahora como conceptos centrales de su temporalidad. Solo con esa noción de la actualización urgente de las situaciones es posible adaptar los instrumentos que el derecho puede generar para intentar ese salto imposible del ahora en un corte del tiempo que haga aprensibles las cotidianidades, su atribución y su revisión; y en ella la satisfacción de las necesidades que es la fuente material de nuestra legitimidad.

Cuarto. Un derecho social es un derecho redistributivo.

Hasta ahora nuestro derecho occidental, amparado en su cosificación del ahora y en su línea de tiempo evolutiva y etapista ha entendido que las situaciones sociales que se reconocen no son objeto solo de estudio sino de consagración, lo que las dota de inmovilismo con pretensión de seguridad. Todo el derecho del paradigma moderno propietario no es sino una bóveda de seguridad y un espacio de custodia.

Sin embargo sabemos que la conflictividad precisamente es una emisión de la vitalidad, una manifestación del permanente dinamismo de las relaciones y que, desde un pensamiento jurídico complejo, se requiere para observarlo y producirlo,

una capacidad gnoseológica y una hermenéutica de trabajo que no se quede en el eje de las decisiones declarativas o constitutivas por derecho titular de situaciones nuevas, sino uno que avance a la reconstrucción permanecen de lo social adquiriendo no solidez sino fluidez, y en ello no equilibrio sino armonía de desarrollo.

En ello la afirmación esencial a sostener es que un derecho que se dedique a los derechos y no a los privilegios es siempre un derecho redistributivo, y que en esa reasignación productiva busca siempre la sinergia, la potencia, la armonización por la vía de crear constantemente espacios cotidianos manejables y sustentables desde el punto de vista bio-psico-social.

Quinto. Un derecho de fronteras.

Un derecho respetuoso de la vida, de las necesidades y de los espacios que hacen posibles las producciones materiales y culturales de la vida es no un derecho de estancos ni de cercos sino un derecho de fronteras, no en tanto hitos sino en tanto lugares de tránsito.

Es en las fronteras donde se encuentran y recrean las culturas, los lenguajes, las situaciones, lo que alimenta los flujos de movilidad hacia los centros y las periferias como lugares todos de tránsito, replanteándose así la discusión entre integración y exclusión y sus modalidades.

Se necesita transitar paradigmáticamente también en nuestras concepciones, convicciones y comprensiones de los procesos culturales y materiales vivos, produciendo no sistemas cerrados sino abiertos al intercambio y con ello a la adaptabilidad y no a la adaptación. Se trata de generar un pensamiento jurídico del parámetro como base de analogía para decidir e implementar y no un pensamiento del perímetro que vigila los movimientos, los encierra y hace cada vez más engorrosa y burocrática su apertura. Se trata de construir no un derecho de igualdad formal sino uno de equivalencias de espacios humanos, en que la supremacía de lo

patrimonial abra paso a constantes acoplamientos de sus partes para un desarrollo social sustentable.

Un neo-derecho de fronteras privilegia los intercambios no solo monetarios y patrimoniales, sino de recursos, medios y relaciones. La vigilancia de la frontera móvil y creativa no es una vigilancia gendarme sino una que trabaja por detener las amenazas a la movilidad y permite el intercambio de los sujetos. Para ello se requiere una nueva y definitiva alianza entre una forma de estado cada vez más participativo, descentralizado y organizativo con la comunidad y su principio de urgencia de satisfacción de necesidades, una alianza de Estado y Comunidad en desmedro del Mercado.

Un nuevo derecho es por eso un derecho de frontera, ya que busca más que solidificar situaciones establecer permanente devenir y permanente tránsito entre éstas, y que para ello confía en los sujetos en su calidad de transeúnte y les entrega el espacio y los instrumentos para ese tránsito. Un derecho transmoderno materialista y finalista es uno que permanente abre el ciclo de producción, nunca lo cierra definitivamente.

Sexto. Una justicia materialista y finalista.

Por ello es que hemos insistido en que el horizonte de éste derecho es la reconstrucción del criterio de justicia en un horizonte concurrencial a la vez móvil, materialista y finalista. Un derecho no moderno, liberal, represivo, disciplinario, mecánico ni propietario es un derecho que antes que todo busca hacer presente la realidad, hacerla visible, relevarla por sobre los conceptos; sobre ese primer ejercicio busca cambiar la forma de su conocimiento, la forma de pensarla, la emocionalidad posible y la necesaria para el cambio, las relaciones que se requieren para su conocimiento y modificación. No un derecho de los abstractos, de los intereses o de los deseos cosificados en el patrimonio sino un derecho que a partir de la realidad material se mueve hacia un fin también material, la satisfacción de las necesidades



humanas fundamentales en el plano de la realidad material y no en las enunciaciones formales.

Un nuevo derecho debe superar la mera enunciación de la justicia como criterio de valor y establecer parámetros de verificación de su cumplimiento, de comprobación apreciable de su legitimidad. El derecho moderno, mediante los conceptos de forma-propiedad y de igualdad formal ante la ley, ha terminado por encerrar a la justicia en un espacio valórico de abstracción, que se fundamenta en la validación de sus conceptos antes que en la efectivización de su solución. Un derecho materialista y finalista en cambio se juega su sentido mismo en la medida que pueda construir, con todo el carácter de provisorio que los conocimientos e instrumentos siempre tienen, parámetros concretos, indicadores y verificadores hermenéuticos, instrumentales y de ejecutoriedad de la materialidad y el finalismo que enuncia y que lo dotan de horizonte a la vez que gobiernan sus procesos en complejidad. Un derecho no puede ser solo propiedad o mercancía sino que se requieren modelos de establecimiento de derechos/necesidades que puedan ser medidos: un derecho que no puede ser medido, una garantía que no pueda ser dimensionada en su graduación de aplicación y un estatuto escrito que no puede verificarse en su aplicación efectiva, medido durante todo el proceso, nos mantiene dentro del campo de la conceptualización valorica vaciada ideológicamente de la justicia propietaria.

Séptimo. Un derecho transmoderno rompe con la idea de valores monistas, únicos, absolutos y preestablecidos e instala como valores las ideas de proceso y resultado.

El sistema de derecho moderno se construyó sobre una base valorica restringida y apropiada a la moral del propietario, una que entiende todas las relaciones sociales en beneficio propio y con el egoísmo como valor supremo. Al poner absolutamente al individuo aislado en el centro de todo lo posible, todo tipo de moral se vuelve conservadora y su eticidad queda marcada por la forma en que todo valor, todo deseo, toda inquietud queda limitada al interés patrimonialista. Solo

aquello que sirve a la protección del propietario es un valor respetable, todo otro valor es disponible.

Un nuevo derecho es contra éste sentido moderno un derecho que probablemente puede denominarse inmoralista, es decir que rompe con ese criterio único de eticidad para atender a la legitimidad de los procesos por la efectividad de sus respuestas durante este para no excluir ni reprimir a sus participantes ni ponerlos en situaciones de desproporcionalidad de fuerzas y poder; y que revisa ese proceso de discusión y lucha por los resultados que crea en base al reconocimiento de la situación original de los sujetos, las acciones emprendidas y las situaciones de cierre, no de término, de la relación social intervenida por una medición efectiva de la satisfacción material de las necesidades humanas en contexto real.

Octavo. Un derecho sinérgico, materialista y finalista afirma para los sujetos el eterno retorno creativo.

Así como dijimos que los derechos no existen por si mismos ni es una abstracción preconstituida, y afirmamos permanentemente que las líneas del devenir son materialistas y finalistas, no puede olvidarse que no hay derechos sin sujetos y que éstos no son los que establecen los estatutos sino los que despliegan su potencia.

En el paradigma moderno su actor y su subjetividad es una subjetividad de partida; es decir definida abstractamente y supuestamente atribuida así a todos en igualdad formal y con pretensión universal de reducir toda subjetividad a la subjetividad original y conceptual de la norma que la establece, señala y permite. No importa si en el camino los sujetos reales de los espacios materiales nunca pueden ni se les permite entrar al orden propietario, al régimen de ejercicio jurídico o si su subjetividad es negada, violada, vulnerada o destruida. A partir de su enunciación como sujeto de una vez y para siempre, se le aplicará la misma medida que a todos con independencia de su condición relacional y de posición y disposición de fuerzas.

Un nuevo derecho invierte y revierte el proceso de subjetividad. Los sujetos no son, los sujetos llegan a serlo en la medida que se constituyen, que elaboran y participan en procesos de subjetivización creativa y recreativa, hay que atender para ello a los objetivos iniciales y a los resultados finales y a su revisión y verificación durante los procesos. Para que un sujeto de derecho sea tal requiere no ser pensado como tal sino ser construido, la medida de su efectividad es el si consigue ese derecho y si participa en procesos y relaciones que lo hacen posible. Por eso la subjetividad no es nunca un estado inicial ni final sino una producción creativa que retorna.

El sujeto, en su recursividad vivencial, y con ello el sujeto de de derechos, no es nunca un punto de partida, es siempre un puerto de llegada.

Noveno. Un derecho de uso y satisfacción y no de apropiación y acumulación.

Lo que implica por cierto pensar y construir otra antropología distinta a la del individualismos propietario, con deseos que no son sinónimo de interés y con una subjetividad que se aparta del temor al otro y aspira a la certeza de las situaciones inamovibles y definitivas.

No hay derecho sin relaciones sociales, sin procesos culturales y sin producciones de subjetividad, la cuestión es el signo.

Pensar un nuevo derecho requiere construcción antropológica colectiva, comunitaria, relacional y móvil. Un derecho transmoderno no puede pensarse sino en su movimiento, en su base material y, al definirse como finalista, en la medida en que cumple con su finalidad. Es un dato de realidad de la modernidad capitalista, en sus momentos locales, nacionales, trasnacionales y globales, que la apropiación no permitió la redistribución y que esa concentración de patrimonios, poder y decisiones excluye y empobrece.

Un nuevo derecho no puede ser un derecho de propiedad sino un derecho de uso y satisfacción de las necesidades en el valor de uso de los bienes y en el intercambio solidario y cooperante de sus sujetos.

Décimo. Nuevos valores fundantes.

Todo derecho, como todo proyecto y todo desarrollo político, cultural y social es la vez que proceso una proyección y afirmación de los valores que lo originan.

En el derecho moderno, bajo valores enunciativos de orden como la certeza, la igualdad ante la ley, la ciudadanía, se sitúan los del orden, la propiedad privada, la necesidad y la vocación por control, la autoridad y el individualismo. Mucho más atrás, en el verdadero fondo se encuentran los del egoísmo, la codicia y la desconfianza.

Pensar otro derecho implica afirmar en todos sus planos valores nuevos de una manera nueva, no abstracta ni conceptual ni solo ideológica sino instrumental, operacional y vivencialmente.

Pensar otro derecho implica afirmar otros valores y otros principios. Para la voz que dice pensar otro derecho se trata de los principios de sinergia, precaución, prevención, responsabilidad, sustentabilidad, responsabilidad, relacionalidad, creatividad, redistribución, comunidad, colectividad, participación, integración, diversidad, pluralidad, democratización, subjetividad de llegada, realidades y derechos materiales y satisfacción de necesidades fundamentales.

A diferencia del paradigma liberal capitalista explotador y excluyente de la modernidad, los valores tras estos principios no están ocultos sino que se hacen presentes y visibles en el destello luminoso y numinoso de la vitalidad expresada como juridicidad. Se trata de afirmar poéticamente los valores de la solidaridad, la colaboración, la afirmación del sí y la potencia. Solo entonces este otro derecho es el principio de una condición de posibilidad de lo nuevo.

## **CIERRE Y APERTURA**

Tal como se señaló en la introducción, todo el programa de discusión presentado tiene su historia, sus movimientos y sus objetivos. A partir de la experiencia de las reflexiones/acciones de la crítica jurídica y en una larga exposición de descripción, crítica y apertura de los contenidos por un lado, sumado a un movimiento paralelo de lanzamiento, apertura rizomática y recuperación de unificación plural y compleja, se intentó dar cuenta de los objetivos del trabajo. Conviene recordarlos:

1. Situar la reflexión sobre el derecho en un campo más amplio que la dogmática jurídica por un extremo y la teoría general del derecho por otra, abriendo la discusión hacia la filosofía, la teoría del conocimiento, la ciencia política, la sociología y en general a ese vasto campo de la producción cultural.
2. Establecer una metodología que permita describir los estados de realidad de las relaciones y posiciones a analizar, tanto dentro del trabajo como para la acción teórico/práctica que permita hacer operacionalizable una nueva juridicidad.
3. Romper, producto de ese des-en-si-mismamiento permanente del derecho de su mundo conceptual cerrado, tanto en lo teórico, en lo operacional como en lo instrumental con la mirada estrictamente disciplinar en que ha sido fragmentado, no obstante sus evidentes conexiones con la política y el poder.
4. Revisar a partir de la teoría general del derecho y del estado las bases y fundamentos del derecho moderno que han sido presentados cómo el único posible, deseable, operacional y efectivo. De esa manera, a partir de sus componentes estructurales, establecer cómo, de qué modo, a partir de

qué y con qué elementos de lo existente es posible una deconstrucción de lo que hay y una reconstrucción del imaginario jurídico.

5. Recuperar la experiencia de reflexión y trabajo que las corrientes de las teorías críticas y alternativas para mostrar, como ellas constituyen una base de proyección para pensar un nuevo derecho, a partir ya no de una actividad reactiva frente a problemas coyunturales, que seguirán existiendo, sino mediante un sentido afirmativo de proyecto.

6. Rescatar con ello el conjunto de reflexiones emancipadoras que, a pesar de diferencias puntuales, constituyen un conjunto de prácticas y propuestas anti naturalistas, anti formalistas, anti capitalistas, no liberales, de modo que recuperando esas experiencias puedan servir de complemento a la producción de una nueva juridicidad.

7. Contextualizar y potenciar la discusión sobre los derechos humanos como productos culturales en el interior de los discursos emancipadores del derecho, de manera de optimizar el programa de investigación en que se enmarca esta tesis a partir de su particularidad, descartando los riesgos de idealismo que a partir de ella se alojan.

8. Discutir las bases de la subjetividad con el propósito específico de liberar su potencia de los límites modernos de pensamiento y acción en ella.

9. Plantear como posible la posibilidad de construcción de una juridicidad de bases materialistas y finalistas de la complejidad, la organización, la operacionalidad de lo múltiple, la articulación de la diversidad y la emancipación y transducción de las formas modernas de soberanía y mediación.

Teniendo eso a la vista podemos resumir lo tratado a partir de un paralelo entre el paradigma jurídico moderno que describimos y los elementos de

conformación de un paradigma emergente que presenta en los signos de ruptura con su contrario, evidencias de su emergencia y conformación.

El paradigma jurídico moderno lo señalamos como constituido por los elementos formativos de la episteme moderna, la configuración y predominio del estado moderno, una teoría de la necesidad y la producción a partir del dogma de la escasez, una antropología individualista-propietaria y una juridicidad centrada en la norma.

Así, siendo parte de la episteme moderna, el paradigma jurídico que conocemos comparte una forma de conocimiento racional y analítico centrado en la discusión conceptual y en la subsunción de los datos de realidad en los conceptos que a priori la describen; fundando su conocimiento, decisión y acción en los métodos cartesianos, deductivos y dialéctico-hegelianos, organizando el conocimiento/acción a partir de los principios de jerarquía, orden y especialidad.

Su surgimiento comparte a su vez los elementos del Estado nacional moderno, al constituirse en su forma y su instrumento de mediación e intervención privilegiado para producir legitimidad, desarrollando mecanismos de soberanía delegada, configurando un patrón monista de producción del derecho, que excluye toda otra forma social y comunitaria en tanto no cuente con legitimación orgánica y funcional del estado; reservándose exclusivamente el uso de la fuerza como mecanismo de aseguramiento de su eficacia.

A partir de una formulación individualista y propietaria establece la concurrencia a la satisfacción de las necesidades humanas en igual sentido atomístico, por agregaciones simples, tanto de sujetos como de bienes, asimilando éstos a todo satisfactor de necesidades y transándolos en mercados o asignaciones patrimoniales.

En ese esquema, los sujetos son concebidos y por ende se privilegia a individuos unipersonales, que comparten y concurren a las características funcionales del sistema de organización social de estado monista, productor y regulador de un orden de gestión entregado al intercambio contractualista y

mercantil, señalando su modelo ideal a partir de la idea del pater familia como modelo de decisión, administración, gestión y reproducción del sistema, constituido en los valores de la propiedad y la voluntad autónoma como expresiones de la libertad política instituyente.

El proceso de unificación, fusión y normalización social, de producción de orden y de garantía de funcionamiento dentro de un proceso de legitimación formal de las decisiones es entregado a un sistema jurídico centrado en la producción, aplicación y cumplimiento de las normas, caracterizadas por el principio de imputación, que en tanto tal resuelve la conflictividad en un procedimiento de adecuación/inadecuación/sanción de las conductas a esos mandatos imperativos, y que en todo caso se constituye y reorganiza en base a su imposición, cumplimiento y resolución forzada, para lo cual los parámetros del orden, de primacía del estado, de garantía del orden antro-po-económico descrito y de protección de los valores del sujeto son protegidos por la reserva de fuerza legítima descrita.

Frente a este modelo, señalamos que era posible apreciar y necesario de asentar la emergencia de un/unos paradigma/as emergentes que resaltara su propio proceso bio-psico-socio cultural, una otra noción de la producción jurídica, una nueva entidad genética y genésica de los sujetos, en una concepción y resolución de los conflictos no orientada ni sustentada en el orden y que dispusiese sus finalidades en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.

Ese proceso cultural que se enuncia requiere de una episteme no centrada ya en la mathesis ni la abstracción sino en una gestión conjunta del principio de comunidad - caracterizado esencialmente por la participación, cogestión, colectividad y satisfacción de las necesidades - , por una racionalidad de pensamiento complejo y por lo mismo socio diverso, que centra la producción y reproducción de su conocimiento y organización instrumental en el conocimiento material de las relaciones, tanto sociales como también en la necesaria inclusión de las interacciones ambientales eco-sustentables en su contabilidad y reflexión; por lo que requiere en todo su proceso y recursividad de la construcción de métodos holísticos y sinérgicos de conocimiento, generador de acciones, instrumentalización de sus



ejercicios, operacionalidad sistémica de su legitimidad y responsabilización y evaluación de sus decisiones e intervenciones.

Para ese accionar señalamos indispensable una nueva forma de producción jurídica que puede describirse básicamente como una cultura del pluralismo jurídico, de generación e implementación colectiva efectiva, intercomunitaria y multiespacial, de identidad y carácter esencialmente participativo. Producción que al superar el individualismo propietario como base de interacción antropológica, aislando al sujeto de sus medios bio-culturales, requiere plantearse modos relacionales que amplíen las miradas sobre las necesidades humanas más allá de la supervivencia estricta y el desarrollo en base a la producción y acumulación de bienes, sino que proponga mecanismos y procesos de producción, distribución y satisfacción sinérgicas que incorpore a su quehacer las identidades individuales, colectivas y comunitarias. Con ello la subjetividad y su producción materializada en sujetos concretos deviene en un carácter múltiple, con reconocimiento a sus formas individuales pero también colectivas de gestión, dotándolas de legitimidad material y formal en su reconocimiento y una organización no en base a la atribución de requisitos de admisibilidad para su ejercicio en un sistema institucional de derecho sino básicamente concibiendo esa subjetividad jurídica en un proceso de llegada de constitución de sujeto de derechos materiales.

La reorganización de la producción social no es así un problema de orden sino de un tratamiento participativo de la conflictividad que su existencia diversa contiene y naturalmente produce. Para el derecho el conflicto jurídico requiere procesarse de una forma distinta que no sea la mera ritualidad y la mediación de los cortes de interacción subjetiva, describiendo al conflicto ya no como un problema sino como una oportunidad de reorganización de interacciones, otorgándole a la gestión misma del conflicto un carácter estratégico para la disposición de sus actores y sus soluciones, centrándose en la potencia de su solución como producción de potencia subjetiva y colectiva, caracterizado por sus bases materiales de conocimiento y reordenación de elementos, justificándose a sí mismo por su disponibilidad para una re-escrituración de las situaciones que lo originaron, incorporando los principios de comunidad, responsabilidad de proceso y llegada y evaluación permanente de su eficacia material y la sustentabilidad de sus soluciones.

Definimos entonces como finalista ese proceso en tanto su objetivo no era ni la acumulación propietaria ni el orden sino un devenir social diferente, caracterizado mínimamente por orientarse a la satisfacción de las necesidades humanas, a una gestión y participación en esa orientación definida por, desde y para la solidaridad, conformada en su responsabilidad y sustentabilidad por el principio de precaución y gestionando en una producción social responsable de la propia subjetividad, sus interacciones conjuntas, culturales y ambientales.

Como puede apreciarse la tarea es compleja, porque como toda fuerza de afirmación encuentra en su camino la oposición de otras fuerzas, pero además porque nos propone un ejercicio intelectual, epistemológico, social, instrumental y eco-social que, a partir de desplazamientos concretos de lo real, impone exigencias y disposiciones subyacentes pero articuladamente inéditas en las escalas que necesitamos.

Por ello es que no es ya posible hablar, para esta reflexión que se ha intentando, de una o unas conclusiones, sino en cuanto, recursivamente, sitúe la discusión y generación de alternativas en un proceso de cierre y apertura, en una reunión y lanzamiento de nuevos desafíos.

El desafío es mayúsculo, se trata de contra y más allá de la modernidad, en una transducción de objetivos, generar una nueva cultura jurídica.

Como se anunció, ese proceso jamás puede ser cerrado, de manera que es necesario no solo sentarse satisfecho por lo analizado, sino seguir imaginando, con cada vez mayor apertura, mayor rigurosidad y también mayor voluntad el conato de lo nuevo. Solo para empezar se me ocurren como impostergables el comenzar a discutir al menos las siguientes tareas y desafíos de la poiésis de una nueva juridicidad.

1. Solo un replanteamiento profundo de la matriz paradigmática de lo social y lo intersubjetivo permite desarrollar una nueva cultura jurídica que

da cabida a la complejidad, a la razonabilidad y a la producción de órdenes jurídicos finalísticamente complejos y socialmente integradores.

2. Una nueva *ciencia jurídica* debe apuntar no a constituirse en una ciencia pura sino a un reflexionar de la impureza, a una producción de diálogo y mixtura de puntos de vista que sea capaz de albergar y de refundirse con y en otras disciplinas, otros discursos, otros actores y subjetividades diferentes a los de un modelo abstracto de predefiniciones.

3. Es posible pensar/hacer un nuevo método jurídico que implique trabajar sobre la materialidad de las relaciones y sus conflictos y no sobre conceptos; trasladarse desde los estatutos normativos a los procedimientos productores de legitimidad material, orientarse a satisfacer las necesidades humanas, potenciar la cultura de los derechos humanos y contemplar y producir participación y decisión participativa.

4. El reconocer que una nueva producción jurídica requiere a su vez nuevas producciones de institucionalidad como de los modos que hegemonizan la producción de lo común, de manera que lo jurídico no produce por si solo derechos ni estados sociales nuevos, implica reconocer y apostar por un doble movimiento de los discursos y prácticas jurídicas, el que se encuentra limitada al desarrollo de los otros ámbitos sociales como que por su carácter simbólico y mitológico posee una clara posibilidad prefigurativa y co-constituyente.

5. De un paradigma de la certeza jurídica se debe saltar a uno de la producción de momentos de verdad aproximativos, orientadores y revisables acerca de las previsiones, los procesos de legitimidad y de las decisiones necesarias para producir juridicidad integradora, sinérgicamente redistributiva del orden social material concreto en que una experiencia de juridicidad se desenvuelva.

6. Este nuevo paradigma de lo jurídico requiere pasar de la imputación y la normatividad a la producción compleja de lo real y a una hermenéutica de la posibilidad y no de la certeza definitiva.

7. Todo derecho forma y todo proceso decisorio debe ser revisado en su legitimidad a partir de sus objetivos definidos para su finalidad propuesta, el cumplimiento de éstos también durante su desenvolvimiento y en definitiva asegurar su legitimidad no por la forma sino por su ejecutoriedad procesal y por sus resultados verificables de las decisiones en cuanto a cumplir con la satisfacción de las necesidades que se propone.

8. Un derecho centrado en las necesidades humanas como horizonte puede ser declarado como materialista y finalista en tanto que vuelve preeminente el estado real material y relacional de sus sujetos intervinientes y en tanto en cuanto se orienta en la producción de sentido de su ejercicio y de sus decisiones a la satisfacción de esas necesidades humanas como axiología práctica y verificable.

9. De esta forma todo ejercicio jurídico debe contemplar dentro de sus objetivos, su instrumentalidad, su operacionalidad y su decisionismo la innovación y la transformación como horizontes de sentido, pero también como parámetros de medición de su legitimidad procesal y de sus resultados. La recursividad morfogenética es una necesidad ineludible para una nueva juridicidad.

10. Para un nuevo derecho la participación en las decisiones y la satisfacción de las necesidades implican un eje central de su construcción. Toda reflexión y toda práctica jurídica deben ser acciones de apertura e integración y no de cierre y exclusión para sus intervinientes.

11. Toda reflexión, toda práctica, todo proceso de participación y de decisión jurídica que opera sobre situaciones concretas requiere generar un lenguaje y una instrumentalidad que contemple la accesibilidad de todos los involucrados y no solo de los poseedores del saber técnico en su ejecución.

Una nueva práctica de lo jurídico requiere entonces nuevos operadores jurídicos capaces de asumir en su formulación y en su ejecución las perspectivas materialistas y finalistas del proceso cultural que denominamos derecho.

12. Una nueva cultura jurídica debe ser, además de normativa e institucionalizada, reflexiva y conectiva para permitir la inclusión en ella de los sujetos próximo/lejanos y para otorgarle flexibilidad en su recursividad y reutilización de procesos.

13. Los derechos que se contengan en los sistemas, los ordenamientos y las prácticas jurídicas deben contener su momento enunciativo, su momento de garantía así como el de verificación de su aplicación en una medición material que digan relación con las necesidades que pretende satisfacer y no solo con las declaraciones que se efectúan.

14. Todo derecho y todo discurso jurídico debe poder ser usado y admitido a discusión y no excluido por posiciones preconstituidas de los actores del proceso concreto en que se produce juridicidad. El derecho es siempre, sí y solo sí, una práctica de uso del discurso jurídico, su instrumentalidad operativa y su momento decisorio.

15. Toda juridicidad es una práctica social que requiere crear un entorno que favorezca el ejercicio real de los derechos por las poblaciones y no solo considerarlas destinatarias o lugares de focalización o mediación de operaciones jurídicas de expertos.

16. El derecho tiene siempre lugar en el espacio de co-concurrencia de las esferas del estado, del mercado y de la comunidad, y la mayor cercanía verificable hacia el principio de comunidad es lo que determina su grado de efectividad y de potencial emancipatorio.

17. Un nuevo derecho debe admitir con naturalidad la posibilidad de sujetos individuales y colectivos plurales, flexibles y productivos de la

comunidad. El sujeto jurídico auto producido y a producir debe ser considerado, desde lo cuantitativo como desde lo cualitativo plural, múltiple, diverso y con posibilidades de tránsitos re combinatorios de estas características.

18. Un Estado de Derecho solo puede llamarse tal en cuanto se vuelve constantemente en un estado de derechos recalculables, reordenables, rearticulables en una perspectiva materialista y finalista.

19. Un nuevo derecho que pretenda resolver la cuestión de los derechos humanos como pilar de sus producciones institucionales y sociales, debe ser capaz de establecer y vigilar permanentemente los límites de atribución de humanidad, impidiendo que ésta sea desbordada tanto por arriba, en el sentido de privilegiarse a entidades corporativas de intereses privados o abstractos que inviertan las prioridades de satisfacción de necesidades, como que se pierda ese límite por abajo, sometiendo a los miembros de la comunidad concreta en que se actúa a situaciones de indignidad que se vuelven permanentes.

20. Los derechos humanos en tanto derechos que buscan la dignidad humana deben ser siempre algo más que estatutos de enunciación de éstos o mecanismos de garantías, sino que implicando esos niveles, deben ser medidos y valorizados en cuanto a su aplicación y concreción.

21. Los derechos humanos son el horizonte simbólico de llegada de la lucha por los derechos pero no su agotamiento.

22. En este sentido todo derecho, tanto como pensamiento, sistema o posibilidad de satisfacción de necesidades requiere efectuarse desde una visión compleja en una racionalidad de resistencia de toda opresión concreta y en una práctica permanentemente intercultural.

23. Todo conflicto jurídico que de allí surja, en las prácticas de elaboración conquista, garantía y lucha por los derechos requiere de su

resolución reproductiva y participativa y no de ser represión y resolución formal.

24. Pensar el derecho post capitalista, en una articulación transversal y horizontal de los espacios requiere pensar una globalización que contemple, integre y reordene permanentemente las jerarquías normativas, instrumentales y los espacios locales, nacionales y globales.

25. Pensar el derecho en perspectiva integradora, colectiva, participativa, respetuoso de la individuación como de la comunidad, sinérgicamente potenciado, integrada e integralmente ecológico y bio-psico-socio sustentable implica pensar otro derecho.

La tarea para romper la inercia del orden en beneficio de la diversidad y apertura de los proceso vitales es, afortunadamente, una y otra vez, un nuevo principio.

## **DIEZ CONCEPTOS CLAVES PARA LA TESIS.**

### **1. DERECHO.**

Entendido como un discurso específico, una práctica y un ejercicio de estrategias de conflicto, que mediante el uso de dispositivos normativos y de control de fuerza regula conductas y viabiliza proyectos políticos, en relación de legitimación de los procesos y resultados de juridicidad que se construyen desde su especialidad.

### **2. MATERIALISMO.**

En tanto propuesta filosófica, epistemológica y política de reconocer, comprender y accionar sobre la realidad a partir de la comprensión de las relaciones de producción cultural, económicas, simbólicas y de intercambio social, atendiendo a las posiciones de clase, de identidad y de espacios de los actores y no en base a conceptos ideales previamente concebidos.

### **3. FINALISMO.**

Usado en relación con los fines que se atribuyen al derecho, que en el trabajo dicen relación expresamente con la satisfacción de las necesidades humanas como objetivo fundamental de la producción jurídica.



#### **4. CIRCULARIDAD.**

En su sentido holístico y ecológico, además de constitutivo de lógica circular, a la manera de una gestalt, es decir que en su recorrido de acción ésta es recursiva, vuelve sobre sí misma no para repetirse sino para re atender a su propio proceso y sus elementos para restablecer una línea temporal diferente a la lineal progresiva.

#### **5. SUJETOS.**

Comprendidos como actores principales de los procesos en que están inmersos y en tanto el devenir de estos actos relacionales depende de sus propias acciones y de su identidad puesta en movimiento. No se trata del sujeto racional cognoscente abstracto sino de individuos insertos en su realidad material y contextual que actúan, a propósito de sus determinaciones, sobre su cotidianidad.

#### **6. COMUNIDAD.**

Como conjunto de sujetos que, ejerciendo acciones sobre su espacio cotidiano se unifican en torno a espacios físico/simbólicos comunes, acuerdan o participan de acuerdos en torno a modos de acción y se rigen por un principio y un objetivo de satisfacción de sus necesidades, para su realización, conservación, reproducción o ampliación de su vivencialidad.

#### **7. POTENCIA.**

Como atributo y condición de posibilidad del sujeto para su acción. Su propia condición de adquisición y despliegue de poder depende de la voluntad original de

poder que manifieste y que mantenga en su despliegue reforzando su atributo de subjetividad y multiplicando, adquiriendo fuerza en su desarrollo.

## **8. SINERGIA.**

En la integración de los sistemas y relaciones entre objeto o sujetos, una acción de coordinación de dos o más causas (elementos) cuyo efecto es superior a la suma de efectos individuales de las mismas, que al combinarse y disponerse siempre buscan producir una situación nueva, distinta y cualitativamente (y también cuantitativamente) superior.

## **9. PARTICIPACION.**

Entendida como acciones y relaciones incluyentes en que se considera la presencia, opinión y acción de los sujetos intervinientes, ordenados bajo el criterio de toma de decisión de éstos en las acciones, proyectos y articulaciones en que se encuentran, forman parte y se desarrollan.

## **10. PROCESO.**

No solo en cuanto conjunto de actividades enlazadas entre sí que, partiendo de uno o más acciones de entradas (inputs) las transforma, generando un resultado, sino además atendiendo a éste como un ejercicio experiencial que genera por sí mismo conocimiento y resultados de experiencia que pueden ser aprendidos, aprehendidos y reutilizados.

**BIBLIOGRAFIA  
Y  
AUTORES.**

## **BIBLIOGRAFIA GENERAL.**

### **Abogabir, Ximena.**

- Enredando enredaderas de redes. En El Canelo Nro. 76. Noviembre de 1996. El Canelo de Nos. Santiago de Chile. 1996.

### **Agamben Giorgio.**

- Profanaciones. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2005.
- Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. Pretextos. Valencia. 2003.
- Lo Abierto. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2006.

### **Alexy, Robert.**

- Derecho y Razón Práctica. Distribuciones Fontamara S.A. México. 1993.

### **Almoguera, Joaquín. Díaz Otero, Eduardo.**

- Sujeto, razón y naturaleza en la filosofía jurídica y política clásica-moderna. Editorial Dykinson. S.L. Madrid. 2000.

### **Althusser, Louis.**

- Maquiavelo y nosotros. Ediciones AKAL S.A. Madrid. 2004.

**Aparicio Guadas, Pep.**

- El camino de re/inversión de la ciudadanía y la educación popular. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, Nº 2. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001.

**Ardila Amaya, Edgar.**

- Pluralismo Jurídico, apuntes para el debate. En Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. ILSA. Bogotá. 2002.

**Argentina.**

- Constitución de la Nación Argentina.  
[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/temas\\_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf)

**Arnaud, André y Fariñas, María José.**

- Sistemas jurídicos; elementos para un análisis sociológico. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 1996.

**Aylwin, José.**

- Derechos Humanos. Los desafíos para un nuevo contexto. En Conflicto, Vida y Derecho. Forja. Santiago de Chile. 1992.

**Bakunin, Mijail.**

- Dios y el Estado. Editorial Centro Gráfico Limitada. Santiago de Chile. 2006.
- La Libertad. Obras escogidas. Buenos Aires. Agebe. 2005.

**Balandier, Georges.**

- El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2003.

**Barcellona Pietro.**

- El individualismo propietario. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996.
- El Estado y Los Juristas. Editorial Fontanella S.A. Madrid. 1976.
- Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1992.

**Barberá Heredia, Ester**

- Modelos explicativos en psicología de la motivación.  
<http://reme.uji.es/articulos/abarbe7630705102/texto.html>

**Barvere Unzueta, Mari Ángeles.**

- Feminismo y Garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista? Anuario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. Nueva época. Tomo 9. Ministerio de Justicia. Madrid. 1992.

**Bateson, Gregory.**

- Espíritu y Naturaleza. Buenos Aires. Amorrortu Editores. 1990.

**Baudrillard, Jean.**

- El Intercambio Imposible. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.). Madrid. 2000.

**Bauman, Zygmund.**

- Modernidad Líquida. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. 2006.
- Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 2005.
- La sociedad sitiada. Fondo de Cultura Económica Argentina. Buenos Aires. 2004.

**Bergson, Henri.**

- Materia y Memoria. Ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu. Cactus. Buenos Aires. 2006.

**Berman, Morris.**

- El Reencantamiento del Mundo. Editorial Cuatro Vientos. Santiago de Chile. 1999.

**Bermúdez Valdivia, Violeta.**

- Legalidad versus realidad. En Mujer/Fempres, especial Igualdad y Derecho. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Bielsa, Rafael. Graña, Eduardo.**

- Justicia y Estado. A propósito del consejo de la magistratura. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996.

**Billier, Jean Cassien. Maryioli, Hágale.**

- História da filosofia do direito. Editora Manole Ltda. Sao Paulo. 2005.

**Bobbio, Norberto.**

- Contribución a la Teoría del Derecho. Editorial Debate. Madrid. 1990.
- Teoría General del Derecho. Madrid. Editorial Debate S.A. 1999.

**Bogo Chies, Luiz y Oliveira de Moura, Marcelo.**

- Introdução ao daltonismo jurídico: por uma episteme de contra-milogía. Letra Legal Editoria. 2005. Río de Janeiro.

**Bolivia.**

- Constitución Política del Estado. Edición oficial de distribución gratuita. 2007.

**Bolstanski, Luc. Chiapello, Éve.**

- El nuevo espíritu del capitalismo. Ediciones Akal S.A. Madrid. 2002.



**Bordenave Sofia y Picolotti Romina.**

- Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos el 16 de Octubre del 2002. [www.cedha.org.ar](http://www.cedha.org.ar). Descargado. 14 de Abril del 2009.

**Borges, Jorge Luis.**

- El Aleph. <http://www.apocatastasis.com/aleph-borges.php>

**Brasil.**

- Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil de 1988.  
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0507.pdf>

**Braunstein, Nestor.**

- Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis. Editorial Siglo XXI . México. 1987.

**Briones Velástegui, Marena.**

- La falsedad del discurso jurídico. En Mujer/Fempres, especial Igualdad y Derecho. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Bueno de Carvalho, Amilton.**

- Actuación de los jueces alternativos gauchos en el proceso de postransición democrática. En Portavoz (Boletín ILSA). Nº 40. Julio-octubre 1994. ILSA. Bogotá. 1994.
- Jurista Orgánico: una contribución. En Magistratura e Direito Alternativo. Editora Académica. Sao Paulo. 1992.
- Magistratura e direito alternativo. En Magistratura e Direito Alternativo. Editora Académica. Sao Paulo. 1992.

**Burdeau, Georges.**

- Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Nacional. Madrid. 1981.

**Bustamante Donas, Javier.**

- Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.

<http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

**Calderón Astete, Gonzalo.**

- Política Criminal y seguridad ciudadana, una visión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2005.

**Calvo, Yadira.**

- Heno para el perro. En Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Cançado Trindade, Antonio.**

- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006.

**Cappelletti, Angel.**

- La Ideología Anarquista. Santiago. Ediciones Espíritu Libertario. 2004.

**Cárcova, Carlos María.**

- Teorías Jurídicas Alternativas. En Teorías Jurídicas Alternativas. Escritos sobre derecho y política. Centro Editor de América Latina S.A. Buenos Aires. 1993.

**Carrasco Pirard, Eduardo.**

- Para leer Así habló Zaratustra de F. Nietzsche. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2002.

**Castro Casas, Iñaki.**

- ¿Más seguridad, menos libertad?. Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana. En La Protección de la Seguridad Ciudadana. The Oñati International Institute For Sociology of Law Proceedings. Universidad Antigua de Oñati. Euskadi. 1995.

**Cerda Fernández, Carlos.**

- Temas trascendentales para la actual teoría del proceso. En “Estudios de Derecho Procesal”. Cuadernos de análisis jurídico N° 29, serie seminarios. Santiago de Chile. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1994.

**Chiarotti, Susana.**

- ¿Un derecho alternativo?. En Mujer/Fempress. Especial Igualdad y Derecho. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Chile.**

- Constitución Política de la República.  
Diario Oficial de la República de Chile. 2005.  
[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index\\_html](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html)
- Código Civil Chileno Edición oficial Abril 2002.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>
- Código Penal de Chile.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

- Código de Procedimiento Civil Chileno.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>
- Decreto Ley N° 2568. 22 de Marzo de 1979.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29250>
- Decreto Supremo N° 100. de 17 de Septiembre de 2005.  
<http://www.camara.cl/legis/constitucion/DTO1001.pdf>.

**Chiurazzi, Gaetano.**

- Los sentidos del ser. En Filosofía y Poesía: dos aproximaciones a la verdad. Gedisa Editorial. Barcelona. 1999.

**Cifuentes Díaz, Ignacio y Galeano Camacho Sandra.**

- Cuestiones Fundamentales de Filosofía, Epistemología e Historia de la Ciencia.  
[www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/arnacho01.htm](http://www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/arnacho01.htm)

**CODEPU. Comité de defensa de los Derechos del Pueblo.**

- Concepción de Derechos Humanos y Declaración de Principios. Codepu. Santiago de Chile. 1992.

**Cohen, Joshua.**

- ¿Sufrir en silencio?. En El derecho a resistir el derecho. Miño y Dávila srl. Buenos Aires. 2005.

### **Colombia.**

- Constitución Política de Colombia. Décima edición. Edición oficial. Enero de 1995.

### **Córdova Vianello, Lorenzo.**

- Garantismo. <http://www.el-universal.com.mx/editoriales/38951.html>

### **Correas, Oscar.**

- Introducción a la Sociología Jurídica. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995.
- La democracia y las tareas de los abogados en América Latina. ILSA. Bogotá. 1985.
- Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho. Conferencia pronunciada en el Centre de Théoria du Droit de la Universidad de París. El 31 de Enero de 1995. Nanterre. 1995.

### **Custanovich, Alejandro y Chirquf, Sigfredo.**

- Educación Popular en Debate. Características y metodología. Instituto de Pedagogía Popular. Lima. 1987.

### **Dahrendorf, Ralf.**

- Apocalipse Neoliberal. Carta Capital Nº 15. Sao Paulo. 1995.

**De la Torre Rangel, Jesús Antonio.**

- Los pobres y el uso del derecho. El Otro Derecho N° 6. ILSA. Bogotá. 1990.
- Conflictos y Usos del Derecho. Editorial JUS. S.A de C.V. México. 1988.
- Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Editorial MAD. Sevilla. 2005.

**Derechos Humanos. Tratados, Convenios y Declaraciones Internacionales.**

- Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 29-b). <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.  
[http://www.migualdad.es/MUJER/politicas/docs/1\\_Conv\\_Europeo\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.migualdad.es/MUJER/politicas/docs/1_Conv_Europeo_Derechos_Humanos.pdf)
- Convención Americana de Derechos Humanos.  
<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.  
[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos  
[http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/docs/1\\_Conv\\_Europeo\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/docs/1_Conv_Europeo_Derechos_Humanos.pdf)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos

(Pacto de San José de Costa Rica)

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

- Declaración y programa de acción de Viena.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 1993.

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.sp?opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.sp?opendocument)

### **De Sousa Santos, Boaventura.**

- Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003.

- Estado, Derecho y luchas sociales. ILSA. Bogotá. 1991.

- La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA. Bogotá. 1998.

- Fin de Siglo que se quiere democrático. Revista Portavoz Nº 41. ILSA. Bogotá. 1995.

### **De Trazegnies, Fernando.**

- El rol político del abogado litigante. En Los abogados y la democracia en América Latina. ILSA. Bogotá. 1985.

### **Deleuze Gilles.**

- Lógica del Sentido. Ediciones Paidós Iberica S.A. Barcelona. 2005.

- Nietzsche y la filosofía. Anagrama. Barcelona 2002.



- Empirismo y subjetividad. Gedisa Editorial. Barcelona. 2002.

**Deleuze, Gilles. Guattari, Felix.**

- Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia. Pre-textos. Valencia. 2006.

**Delos, Jose T.**

- Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia. En Los fines del Derecho. UNAM. México. 1967.

**Derrida, Jacques.**

- Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2002.
- Márgenes de la Filosofía. Cátedra. Madrid. 2003.

**Descartes, René.**

- El discurso del método. Ediciones Akal S.A. Madrid. 1989.

**Díaz, Elías.**

- Curso de Filosofía del Derecho. Marcial Pons. Barcelona, 1998.
- Juristas, sociólogos y filósofos en la construcción del Estado de Derecho, en El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología Jurídica en España. Oñati Proceedings. Oñati. 1995.

**Diez de la Cortina, Elena.**

- La filosofía de Thomas Hobbes.

[www.cibernous.com/autores/hobbes/teoria/biografia.html](http://www.cibernous.com/autores/hobbes/teoria/biografia.html)

**Dor, Joël.**

- Introducción a la lectura de Lacan. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000.

**Dworkin, Ronald.**

- El imperio de la justicia. Gedisa Editorial. Barcelona. 1988.

**Ecuador.**

- Constitución Política. Edición oficial de distribución gratuita. 2008.

**Editorial Televisa.**

- Almanaque Mundial 2009. Editorial Televisa. Santiago de Chile. 2008.

**Elizalde, Antonio.**

- Desarrollo Humano y Ética para la sustentabilidad". Santiago. PNUMA- Universidad Bolivariana. 2003.

**Engels, Federico.**

- Para leer El Capital. Editorial Grijalbo S.A. México DF. 1969.

**Equipo Alforja.**

- Técnicas participativas para la educación popular. Santiago de Chile. Ediciones Cide. (Centro de investigación y Desarrollo de la Educación). 1987.

**Facio Montejo, Alda.**

- Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). ILANUD. San José de Costa Rica. 1992.

**Falcao, Joaquín.**

- Los abogados y la democracia en América Latina. ILSA. Bogotá. 1985.

**Fallas Vargas, Fabrizio.**

- El conatus como categoría radical en la teoría política de Spinoza. <http://www.vinv.ucr.ac.cr/latindex/filosofia-106/04-FALLAS-Con-25.pdf> Descargado. Visita 4 de Febrero 2009.

**Faria, José Eduardo.**

- El Derecho en la economía globalizada. Editorial Trotta. Madrid. 2001.
- El poder judicial frente a los conflictos colectivos. En El Otro Derecho, Nº 5. ILSA. Bogotá. 1990.
- Los temas ausentes en las reformas económicas latinoamericanas. Portavoz Nº 43. Julio 1995. ILSA. Bogotá. 1995.

**Fariñas Dulce, María José.**

- La marginación y la desviación. En El Desarrollo Y Las Aplicaciones De La Sociología Jurídica En España. Oñati I.I.S.L. Oñati. 1995.

**Ferrajoli, Luigi.**

- Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta S.A . Madrid. 1999.
- Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid. 1992.

**Ferraris, Maurizio.**

- Goodbye, Kant! Qué queda hoy de la Crítica de la razón pura. Editorial Losada. Madrid. 2007.

**Feyerabend, Paul.**

- Tratado contra el método. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2000.

**Foerster, Rolf.**

- Sociedad Mapuche y Sociedad chilena. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, Nº 2. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001.

**Foucault Michel.**

- Por que hay que estudiar el poder: la cuestión del sujeto. En Materiales de Sociología Crítica. Varios Autores. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1986.
- La hermenéutica del sujeto. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2001.
- Genealogía del racismo. De la guerra de razas al racismo de estado. Las ediciones de la Piqueta. Madrid. 1992.
- La verdad y las formas jurídicas. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 1992.
- Las Palabras y las cosas. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005.
- Nacimiento de la biopolítica. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2007.

- Tecnologías del Yo. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1995.
- Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores. México. 1987.

### **Freire, Pablo.**

- Pedagogía del oprimido. Tierra Nueva. Montevideo. 1971.

### **Friedricha Karl von Savigni.**

- Tratado de la posesión según los principios del derecho romano. Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid. 1845. Descargado 10 Marzo 2009. [http://books.google.cl/books?id=CuC\\_21Mf5qMC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=animus+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rnnynzqYrP&sig=-AQWeG5aptLf9ZluczCBdG\\_iEZQ&hl=es&ei=AVi4SavLE4Oftwf80li8CQ&sa=X&oi=book\\_result&resnum=4&ct=result#v=onepage&q=animus%20en%20el%20derecho%20romano&f=false](http://books.google.cl/books?id=CuC_21Mf5qMC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=animus+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rnnynzqYrP&sig=-AQWeG5aptLf9ZluczCBdG_iEZQ&hl=es&ei=AVi4SavLE4Oftwf80li8CQ&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#v=onepage&q=animus%20en%20el%20derecho%20romano&f=false)

### **Galiano, José.**

- Derechos Humanos. Teoría, Historia, Vigencia y Legislación. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 1996.

**Gallón Giraldo, Gustavo; Manitzas, Elena y Uprimny Yépez, Rodrigo.**

- Derechos Humanos en Colombia. Los retos de los 90. En Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina. Novib: Organización Holandesa para la Cooperación Internacional al Desarrollo. Bogotá. 1993.

**García Maynez, Eduardo.**

- Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. Puebla. Distribuciones Fontamara S.A. 1993.

**García, Mauricio.**

- Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho. El Otro Derecho N° 7 Enero 1991. ILSA. Bogotá. 1991.

**Gargarella, Roberto.**

- El derecho a resistir el derecho. Miño y Dávila Editores. Buenos Aires. 2005.

**Giménez, Pablo.**

- Los juegos de rol: Hacia una propuesta pedagógica.  
<http://dreamers.com/defensadelrol/articulos/propuesta.htm>

**Gómez Isa, Felipe.**

- El Derecho al desarrollo como derecho humano.

<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista3/articulos/felipegomez.htm>

**Gouges, Olimpia de.**

- Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana.

<http://nomadant.wordpress.com/textos/textos/derechos-mujer/>

**Gramsci, Antonio.**

- Antología. Siglo XXI Argentina. Buenos aires. 1980.

**Grossi, Paolo.**

- Mitología Jurídica de la Modernidad. Trotta Editorial. Madrid. 2007.

**Guattari, Felix.**

- El devenir de la subjetividad. Dolmen Ediciones S.A. Santiago de Chile. 1998.

**Güell, Pedro.**

- Subjetividad social: desafío para el nuevo siglo. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, N° 2. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001.



**Hardt, Michael. Negri, Antonio.**

- Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio. DeBolsillo. Barcelona. 2005.

**Hauriou, André.**

- Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ariel. Barcelona. 1971.

**Hegel Frederick.**

- Principios de la filosofía del derecho. Edhasa. Barcelona. 1999.
- Fenomenología del Espíritu. Fondo de Cultura Económica España S.A. Madrid. 1966.

**Heiberg, Johan Ludwig.**

- La ciencia en la antigüedad clásica. Iberoamericana. Buenos Aires. 1948.

**Heller, Ágnes.**

- Teoría de las necesidades en Marx. Barcelona. Ediciones Península. 1998.

**Heller, Hermann.**

- Teoría del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1968.

**Herrera Flores Joaquín.**

- El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005.
- Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000.
- Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del Humanismo abstracto. Los Libros de la Catarata. Madrid. 2005.
- De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Universidad de Deusto. Bilbao. 2005.
- La riqueza humana como criterio de valor. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal. Varios Autores. Desclée de Brower. Bilbao. 2000.
- Las Lagunas de la Ideología Liberal. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000.

**Hinkelammert, Franz.**

- La vuelta del sujeto humano reprimido frente a la estrategia de la globalización. El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000.

- Claves de un pensamiento crítico. En -El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal-. Bilbao. Desclée Editores. 2000.

- El proceso actual de globalización y los Derechos Humanos. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2000.

### **Hobsbawm, Eric.**

- La era de la Revolución, 1789, 1848. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006.

### **Hopenhayn Martin.**

- Después del nihilismo. De Nietzsche a Foucault. Editorial Andrés Bello. Barcelona, 1997.

- América Latina desigual y descentrada. Buenos Aires. Grupo Editorial Norma. 2005.

### **Human Righth Watch.**

- Chile: Aplicación de la Ley Antiterrorista contra los Mapuche viola el debido proceso.

[http://www.hrw.org/es/search/apachesolr\\_search/mapuches](http://www.hrw.org/es/search/apachesolr_search/mapuches)

### **Hume, David.**

- Tratado de la naturaleza humana. Tomo 1. (escaneado) Madrid. Calpe. 1923.

**Inayatullah, Sohail.**

- Repensando la Ciencia. La reconstrucción de la ciencia y de la sociedad En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, Nº 3. Santiago. Universidad Bolivariana. 2002.

**Jacques Parragues, Manuel.**

- Una Concepción Metodológica del Uso Alternativo del Derecho. Querqum, Centro de Acción y reflexión para el cambio. Documento de debate Nº 1, Marzo 1986. Santiago.
- Derechos y necesidades humanas fundamentales: un nuevo enfoque de lo jurídico. En “Las Nuevas utopías de la diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible.”. Santiago de Chile. Editorial Universidad Bolivariana. 2003.
- Educación para un Uso Alternativo del Derecho. Querqum. Cuadernos de discusión. Santiago de Chile. 1986.
- Educar para los Derechos Humanos y las Estrategias de Defensa Jurídica desde la Sociedad Civil. Quercum. Cuadernos de Debate. Santiago. 1989.
- Modelo de participación por afección: un modelo para el desarrollo de la ciudadanía local. [www.revistapolis.cl/5/jac.htm](http://www.revistapolis.cl/5/jac.htm)

**Jellinek, Georg.**

- Teoría General del Estado. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1954.

### **Juristes Solidarites.**

- Prácticas del Derecho, producciones del derecho: iniciativas populares. Juristes Solidarites. Paris. 1993.
- Carta de presentación. Julio 1995. París, Francia.  
<http://www.agirledroit.org/es/>.

### **Kant Emmanuel.**

- Crítica de la Razón Pura. Tauros. México. 2006.
- Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004.

### **Kelsen, Hans.**

- Teoría Pura del Derecho. Eudeba. Buenos Aires. 1999.
- El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1933.
- Teoría General del Estado. Editorial Nacional. México. 1965.

### **Kuhn, Thomas.**

- La estructura de las Revoluciones científicas. Fondo de Cultura Económica. Argentina. 2004. Versión PDF Descargada 10 Marzo 2009. [http://www.exactas.org/modules/UpDownload/store\\_folder/2\\_-\\_FISICA/T.S.Kuhn.-.La.Estructura.de.las.Revoluciones.Cientificas.pdf](http://www.exactas.org/modules/UpDownload/store_folder/2_-_FISICA/T.S.Kuhn.-.La.Estructura.de.las.Revoluciones.Cientificas.pdf)

### **Lacan, Jacques.**

- El triunfo de la religión. Paidós. Buenos Aires. 2005.

### **Le Fur, Louis.**

- El fin del derecho: bien común, justicia, seguridad. En Los fines del Derecho. UNAM. México. 1967.

### **Le Goff, Jacques.**

- La baja edad media. Siglo XXI Editores S.A. Madrid. 1971.

### **Lechner, Norbert.**

- Obras escogidas de Norbert Lechner. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2006.

### **Lenin, Vladimir Ilich.**

- El Estado y la Revolución. <http://espartaco.cbj.net> 26 Agosto 2008. Documento PDF.

### **Leyva Saavedra, José.**

- El lease back, una moderna técnica financiera.

<http://www.injef.com/revista/empresas/leaseback.htm>

**Locke, John.**

- Dos ensayos sobre el gobierno civil. Espasa Calpe. Madrid. 1991.

- Segundo tratado sobre el gobierno civil, capítulo 9. Apartado 124. [www.terra.es/personal/ofernandez/tratado.html](http://www.terra.es/personal/ofernandez/tratado.html) Descargado. 14 Mayo 2008.

**López Calera, Nicolás. Saavedra, Modesto. Ibáñez, Perfecto Andrés.**

- Sobre el Uso Alternativo del Derecho. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978.

**López Hernández, José.**

- La actualidad de la Filosofía del derecho de Hegel. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1. [www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html](http://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html)

**Luhman, Niklas.**

- Complejidad y Modernidad. De la unidad a la diferencia. Editorial Trotta. Madrid. 1998.

**Manni, Franz.**

- ¿A quien pertenecen nuestros genes?.

<http://www.lemondediplomatique.cl/article785,785.html>

**Maquiavelo, Nicolás.**

- El Príncipe. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 2006.

**Marroquin Grillo, José Germán. Camacho Florez, Jaime.**

- Historia De La Criminología En Colombia

<http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>

**Martínez de Bringas, Asier.**

- Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos. Documento de trabajo Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide.. 2005.

**Martínez Miguélez, Miguel.**

- Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio. En Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003.



**Marx, Carlos.**

- El Capital: crítica de la economía política. Tomo I. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999.
- El Capital: crítica de la economía política. Tomo III. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999.
- Antología. Ediciones Península. Barcelona. 2002.

**Marx, Karl. Engel, Federico.**

- El Manifiesto Comunista. SARPE. Madrid. 1983.

**Maslow Abraham.**

- Motivación y Personalidad. Editorial Díaz de Santos. Madrid. 1991.

**Matta. Roberto.**

- Discurso del pintor Roberto Matta.  
<http://poesia-periferia.blogspot.com/2006/07/discurso-del-pintor-roberto-matta.html>

**Maturana, Humberto.**

- Desde la biología a la psicología. Lumen. Buenos Aires. 2003.
- Emociones y Lenguaje en Educación y Política. Centro de estudios del Desarrollo. Ediciones Pedagógicas Chilenas S.A. Santiago de Chile. 1990.

**Maturana, Humberto. Varela, Francisco.**

- De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2008.
- El árbol del Conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires. Editorial Lumen. 2003.

**Max-Neef, Manfred. Elizalde, Antonio. Hopenhayn, Martín.**

- Desarrollo a Escala Humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones. Barcelona. Editorial Nordan Comunidad. 1998.

**Miller, James.**

- La Pasión de Michel Foucault. Editorial Andrés Bello. 1995. Santiago.

**Mindlin, Gabriel.**

- Causas y azares. La historia del caos y de los sistemas complejos. Siglo XXI Editores Argentina. 2008. Buenos Aires.

**Moncayo, Víctor.**

- Sobre la naturaleza del derecho como forma social de dominación. En Jurimprudencias. Lecturas del Otro Derecho N°1. ILSA. Bogotá. 1990.

**Montealegre, Hernán.**

- Economía y Derechos Humanos. Separata en Conflicto, Vida y Derecho. Forja. Santiago de Chile. 1990.

**Morin, Edgar.**

- El Método. La naturaleza de la naturaleza. Ediciones Cátedra S.A. 1999. Madrid.
- Introducción al pensamiento complejo. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2004.

**Mouffe, Chantal.**

- El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Paidós. Barcelona. 1999.

**Muñoz Gomez, Jesús.**

- Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho. En: El Otro Derecho, N° 1. ILSA, Bogotá. 1988.

**Murali, D.Radhica.**

- Las Bases de la crisis suprime.
- [http://www.redtercermundo.org.uy/revista\\_del\\_sur/texto\\_completo.php?id=327](http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=327)

### **Nietzsche, Friedrich.**

- Así hablo Zaratustra. Alianza Editorial. Madrid. 1997.
- Ecce Homo. Editores Mexicanos Unidos. México. 1994.
- Genealogía de la Moral. Mestas Ediciones. Madrid. 2001.
- Humano demasiado humano. Editorial EDAF S.A. Madrid. 2006.
- La Gaya Ciencia. Buenos Aires. Gradifco. 2004.
- Aurora. Gradifco SRL. Buenos Aires. 2005.
- El Anticristo. Edimat Libros S.A. Madrid. 1998.
- El caminante y su sombra. Edimat Libros. Madrid. 1999.
- Segunda consideración intempestiva. Libros del Zorzal. Buenos Aires. 2006.

### **Nino, Carlos Santiago.**

- Introducción al análisis del derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003.

### **Novoa Monreal, Eduardo.**

- ¿Vía Legal Hacia el Socialismo?. El Caso de Chile, 1970 - 1973. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 1978
- El Derecho como obstáculo al cambio social. Siglo XXI Editores. México. 1989.

- Los resquicios legales.

[http://www.elclarin.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4023&Itemid=720](http://www.elclarin.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=4023&Itemid=720)

### **Offe, Claus.**

- Partidos políticos y nuevos movimientos sociales. Editorial Sistema. Madrid. 1988.

### **Organización de las Naciones Unidas.**

- El derecho internacional de los derechos humanos.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

### **Organizaciones.**

- Amnistía Internacional. <http://www.amnesty.org/es>

- Consejo de Todas las Tierras. Wallmapuche.cl

[http://www.wallmapuche.cl/nweb\\_portal/site/contenido.php?seccion=destacado&codCodigo=1227&codigo=codNoticia&tabla=notichile\\_noticias&codCategoria=1&ruta=noticias](http://www.wallmapuche.cl/nweb_portal/site/contenido.php?seccion=destacado&codCodigo=1227&codigo=codNoticia&tabla=notichile_noticias&codCategoria=1&ruta=noticias)

- Departamento Ecuménico de Investigaciones. [www.dei-cr.org](http://www.dei-cr.org)

- GITEP-UCPEL.

<http://antares.ucpel.tche.br/gitep/html/proposta.htm>

- Human Right Watch. <http://www.hrw.org/es>

- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.  
[www.ilsa.org.co](http://www.ilsa.org.co)
- Juristes Solidarités. <http://www.agirledroit.org/es/>
- Organización Internacional contra la tortura.  
<http://www.omct.org/index.php?&lang=es>

#### **Pacheco G. Máximo.**

- Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990.

#### **Paillas, Enrique.**

- El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008.

#### **Parra, Nicanor.**

- Manifiesto. <http://www.bauleros.org/parra.html>

#### **Paz, Octavio.**

- La otra voz. Poesía y fin de siglo. Barcelona. Editorial Seix barral S.A. 1990.

#### **Pérez Olivera, Enrique.**

- Juegos cooperativos: juegos para el encuentro.  
<http://www.efdeportes.com/efd9/jue9.htm>

**Piovesan, Flavia.**

- A Mulher e o debate sobre Direitos Humanos no Brasil. En Revista Crítica Jurídica, Nº 23. Enero-Diciembre 2004. Unibrasil. Curitiba. 2004.

**Portales, Gonzalo.**

- Nihilismo, ascética y transvaloración. La crítica de Friedrich Nietzsche al ideal moral como deconstrucción de la historia de la metafísica. En NIETZSCHE más allá de su tiempo. José Jara, Editor. Valparaíso. Edeval. 1998.

**Poulantzas, Nicos.**

- Marx, el derecho y el estado. Editorial: Oikos-tau, Barcelona. 1969.

**Pressburguer, Miguel.**

- El correo de Juristes Solidarités. Nº 2. Septiembre 1992. Juristes Solidarités. París. 1992.

**Puglisi, Gianni.**

- Un nuevo interlocutor en las relaciones entre filosofía y poesía, la estética computacional de Hofstadter. En Filosofía y poesía: dos

aproximaciones a la verdad. Vattimo, Gianni, Compilador. Gedisa Editorial. Barcelona. 1999.

**Quintar, Estela.**

- La enseñanza como puente a la vida. Ipecal. México. 2006.

**Radbruch, Gustav.**

- El fin del derecho. En Los fines del Derecho. UNAM. México. 1967.

**Ramírez Z. Bernardo.**

- La igualdad ante la ley en la sociedad capitalista. En Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Volumen 39, Número 97-98. Antioquia. 1994.

**Ramos Filho, Wilson.**

- Direito e século XXI. Três crises e uma opção. Ponencia presentada al Primer Coloquio Internacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política. Universidad Autónoma de México (UNAM) entre el 4 y el 8 de marzo de 1996.

**Ramos Méndez, Francisco.**



- Derecho, Proceso y Procedimiento. El Proceso que debemos enseñar. En “Seminario sobre la enseñanza del derecho procesal”. Santiago de Chile. Cuadernos de análisis jurídico N° 23, serie seminarios. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1992.

### **Rawls, John.**

- Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

### **Real Academia Española.**

- Diccionario de la Lengua Española. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1970.

### **Ricardo, David.**

- Revista Proceso Económico. Descargado. Visita 14 Mayo 2008. [www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/ricardo.htm](http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/ricardo.htm)

### **Riquelme Segovia, Alfredo y Castillo Díaz, Adolfo.**

- Derechos Humanos en Colombia. Los retos de los 90. En Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina. Novib: Organización Holandesa para la Cooperación Internacional al Desarrollo. Bogotá. 1993.

### **Rodrigues de Oliveira, Rosa María.**

- A crítica feminista sobre o androcentrismo na ciencia jurídica. En Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Nº 23. Unibrasil. 2004.

**Rodríguez M, Eduardo.**

- La producción social del derecho versus autonomía. El Otro Derecho Nº 6. ILSA. Bogotá. 1990.

**Rojo, Raúl Enrique.**

- Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. En Sociologías, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005. <http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=1112766> Descargado 9 agosto 2008.

**Romano, Ruggiero.**

- Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento. Siglo veintiuno editores, s.a de c.v. México DF. 2004.

**Romero, Amanda.**

- Una revisión de los acuerdos de derechos humanos de Viena 93 desde la perspectiva de las ONG. En Portavoz, Boletín de los Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y El Caribe. Número 49. ILSA. Bogotá. 1998.

**Romero Ayala, Salvador.**

- Filosofía del Derecho en Hegel.

[www.monografias.com/trabajos14/hegel/hegel.shtml](http://www.monografias.com/trabajos14/hegel/hegel.shtml)

### **Ross, Alf.**

- El Concepto de Validez y otros ensayos. Distribuciones Fontamara S.A. México 1993.

### **Rousseau, Jean Jacques.**

- El Contrato Social. Descargado 14 Mayo 2008.

[www.monografias.com/trabajos13/el\\_contr/elcontr.shtml](http://www.monografias.com/trabajos13/el_contr/elcontr.shtml)

### **Ruiz Miguel, Alfonso.**

- Una filosofía del derecho en modelos históricos. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2002.

### **Sade, Donathien Alphonse Francois de.**

- Filosofía en el Tocador. Edimat Libros. Madrid. 1978.

### **Sánchez Rubio, David.**

- Ciencia ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos. En Irrompendo no real. Escritos de teoría crítica dos directos humanos. Varios Autores. Educat. Editorial da Universidade Católica de Pelotas. Pelotas. 2005.

**Santos Milton.**

- La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000.

**Scheines, Graciela.**

- Juegos Inocentes, Juegos Terribles. Eudeba. Buenos Aires. 1998.

**Scot, James.**

- Los dominados y el arte de la resistencia. Editorial Txalaparta. Nafarroa. País Vasco. 2003.

**See, Henri.**

- Orígenes del Capitalismo moderno. Fondo de Cultura Económica. Barcelona. 1972.

**Sendón de León, Victoria.**

- ¿Que es el feminismo de la diferencia?  
[http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria\\_sendon.html](http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria_sendon.html)

**Sennet, Richard.**

- El declive del hombre público. Barcelona. Ediciones Península. 2002.

**Serres, Michel.**

- La distribución del caos. <http://caosmosis.acracia.net/?p=861>

**Shelton, Dinah.**

- Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos  
[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid\\_5365000/5365874.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_5365000/5365874.stm)

**Smith, Adam.**

- Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones Descargad 14 Mayo 2008.  
[www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/smith-introIrdn.htm](http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/smith-introIrdn.htm)

**Spinoza, Baruch.**

- Ética. Alianza Editorial. Madrid. 2007.

**Squella Narducci, Agustín.**

- Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003.

**Sternberger, Dolf.**

- Dominación y acuerdo. Gedisa Editorial. Barcelona, 1992.

**Stiglitz, Joseph.**

- El malestar en la globalización Taurus. Buenos Aires. 2002.

**Stucka, Pëtr Ivanovic.**

- La función revolucionaria del derecho y del Estado. Ediciones Península. Barcelona. 1969.

**Suazo V, Roberto.**

- Derecho de propiedad o derecho a la propiedad. En Vida y Derecho. Conflicto. Revista de Aportes Jurídicos para la Democracia. Forja. Nº 8. Santiago de Chile. 1991.

**Trías, Eugenio.**

- Filosofía y Carnaval. Editorial Anagrama. Barcelona. 1984.

**Van Peursen, Cornelis. A.**

- Ludwig Wittgenstein. Introducción a su filosofía. Ediciones Carlos Lohlé. Buenos Aires. 1973.

**Venezuela.**

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.

[http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.p](http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf)

df

### **Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María.**

- Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000.

### **Villasante Tomás.**

- Los vecinos en la calle : por una alternativa democrática a la ciudad de los monopolios. Ediciones de la Torre, D.L. Madrid. 1976.
- Comunidades Locales. Análisis, movimientos sociales y alternativas. Instituto de estudios de administración local. Madrid. 1984.

### **Von Kirchmann, J.H.**

- La jurisprudencia no es ciencia. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1983.

### **Web. Paginas de consultas.**

- [http://biografias.bcn.cl/pags/biografias/detalle\\_par.php?id=36.](http://biografias.bcn.cl/pags/biografias/detalle_par.php?id=36)
- <http://es.wikipedia.org>
- <http://guia-scorts-indepedientes.com>
- <http://openadultdirectory.com/escorts/>

- <http://openadultdirectory.com/escorts/Turkey/>
- <http://rae.es/rae.html> Real Academia Española de la Lengua.
- <http://www.7thheavenagency.co.uk/gallery/>
- <http://www.alertanet.org/cv-ryf.htm>
- <http://www.altoahi.cl/>
- <http://www.australtemuco.cl/>
- <http://www.ciudadpolitica.com/modules/wordbook/entry.php?entryID=27>
- <http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/personas/7/8/7868.html>.
- <http://www.corteidh.or.cr> Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- [http://www.csjn.gov.ar/data/cv\\_zaffaroni.pdf](http://www.csjn.gov.ar/data/cv_zaffaroni.pdf).
- <http://www.letras4u.com/>
- <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/documentos/doc-65.htm>
- [http://www.monde-diplomatique.es/isum/Main?ISUM\\_Portal=1](http://www.monde-diplomatique.es/isum/Main?ISUM_Portal=1)
- <http://www.musica.com/letras.asp?letra=838091>
- <http://www.rebellion.org/>



- <http://www.terra.org>
- <http://www.un.org>
- [www.sexo.cl](http://www.sexo.cl)

**Wolkmer, Antonio Carlos.**

- Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico .Editora Acadêmica. Sao Paulo. 1995.
- Introducción al pensamiento jurídico crítico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. San Luis de Potosí. 2006.
- Pluralismo Jurídico. Editorial MAD Ltda.. Sevilla. 2006.
- Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. Editora Alfa-Omega. Sao Paulo. 1994.

**Zaffaroni, Eguneio Raúl.**

- Todos los presos son presos del poder.  
<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=7206>

## **LIBROS CONSULTADOS.**

### **Agamben Giorgio.**

- Profanaciones. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2005.
- Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. Pretextos. Valencia. 2003.
- Lo Abierto. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires. 2006.

### **Alexy, Robert.**

- Derecho y Razón Práctica. Distribuciones Fontamara S.A. México. 1993.

### **Almoguera, Joaquín. Díaz Otero, Eduardo.**

- Sujeto, razón y naturaleza en la filosofía jurídica y política clásica-moderna. Editorial Dykinson. S.L. Madrid. 2000.

### **Althusser, Louis.**

- Maquiavelo y nosotros. Ediciones AKAL S.A. Madrid. 2004.

### **Ardila Amaya, Edgar.**

- Pluralismo Jurídico, apuntes para el debate. En Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. ILSA. Bogotá. 2002.

### **Arnaud, André y Fariñas, María José.**

- Sistemas jurídicos; elementos para un análisis sociológico. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 1996.

**Bakunin, Mijail.**

- Dios y el Estado. Editorial Centro Gráfico Limitada. Santiago de Chile. 2006.
- La Libertad. Obras escogidas. Buenos Aires. Agebe. 2005.

**Balandier, Georges.**

- El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2003.

**Barcellona Pietro.**

- El individualismo propietario. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1996.
- El Estado y Los Juristas. Editorial Fontanella S.A. Madrid. 1976.
- Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1992.

**Bateson, Gregory.**

- Espíritu y Naturaleza. Buenos Aires. Amorrortu Editores. 1990.

**Baudrillard, Jean.**

- El Intercambio Imposible. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A.). Madrid. 2000.

**Bauman, Zygmund.**

- Modernidad Líquida. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires. 2006.
- Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 2005.

- La sociedad sitiada. Fondo de Cultura Económica Argentina. Buenos Aires. 2004.

**Bergson, Henri.**

- Materia y Memoria. Ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu. Cactus. Buenos Aires. 2006.

**Berman, Morris.**

- El Reencantamiento del Mundo. Editorial Cuatro Vientos. Santiago de Chile. 1999.

**Bielsa, Rafael. Graña, Eduardo.**

- Justicia y Estado. A propósito del consejo de la magistratura. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996.

**Billier, Jean Cassien. Maryioli, Hágale.**

- História da filosofia do direito. Editora Manole Ltda. Sao Paulo. 2005.

**Bobbio, Norberto.**

- Contribución a la Teoría del Derecho. Editorial Debate. Madrid. 1990.
- Teoría General del Derecho. Madrid. Editorial Debate S.A. 1999.

**Bogo Chies, Luiz y Oliveira de Moura, Marcelo.**

- Introdução ao daltonismo jurídico: por uma episteme de contra-milogía. Letra Legal Editoria. 2005. Río de Janeiro.

**Bolstanski, Luc. Chiapello, Éve.**

- El nuevo espíritu del capitalismo. Ediciones Akal S.A. Madrid. 2002.

**Braunstein, Nestor.**

- Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis. Editorial Siglo XXI . México. 1987.

**Bueno de Carvalho, Amilton.**

- Jurista Orgánico: una contribución. En Magistratura e Direito Alternativo. Editora Académica. Sao Paulo. 1992.
- Magistratura e direito alternativo. En Magistratura e Direito Alternativo. Editora Académica. Sao Paulo. 1992.

**Burdeau, Georges.**

- Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Nacional. Madrid. 1981.

**Calderón Astete, Gonzalo.**

- Política Criminal y seguridad ciudadana, una visión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2005.

**Cançado Trindade, Antonio.**

- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006.

**Cappelletti, Angel.**

- La Ideología Anarquista. Santiago. Ediciones Espiritu Libertario. 2004.

**Cárcova, Carlos María.**

- Teorías Jurídicas Alternativas. En Teorías Jurídicas Alternativas. Escritos sobre derecho y política. Centro Editor de América Latina S.A. Buenos Aires. 1993.

**Carrasco Pirard, Eduardo.**

- Para leer Así habló Zaratustra de F. Nietzsche. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2002.

**Castro Casas, Iñaki.**

- ¿Más seguridad, menos libertad?. Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana. En La Protección de la Seguridad Ciudadana. The Oñati International Institute For Sociology of Law Proceedings. Universidad Antigua de Oñati. Euskadi. 1995.

**Chiurazzi, Gaetano.**

- Los sentidos del ser. En Filosofía y Poesía: dos aproximaciones a la verdad. Gedisa Editorial. Barcelona. 1999.

**CODEPU. Comité de defensa de los Derechos del Pueblo.**

- Concepción de Derechos Humanos y Declaración de Principios. Codepu. Santiago de Chile. 1992.

**Cohen, Joshua.**

- ¿Sufrir en silencio?. En El derecho a resistir el derecho. Miño y Dávila srl. Buenos Aires. 2005.

**Correas, Oscar.**

- Introducción a la Sociología Jurídica. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995.
- La democracia y las tareas de los abogados en América Latina. ILSA. Bogotá. 1985.
- Pluralismo Jurídico y Teoría General del Derecho. Conferencia pronunciada en el Centre de Théoria du Droit de la Universidad de París. El 31 de Enero de 1995. Nanterre. 1995.

**Custanovich, Alejandro y Chirquf, Sigfredo.**

- Educación Popular en Debate. Características y metodología. Instituto de Pedagogía Popular. Lima. 1987.

**De la Torre Rangel, Jesús Antonio.**

- Conflictos y Usos del Derecho. Editorial JUS. S.A de C.V. México. 1988.
- Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Editorial MAD. Sevilla. 2005.

**De Sousa Santos, Boaventura.**

- Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao. Editorial Descleé de Brouwer, S.A. 2003.
- Estado, Derecho y luchas sociales. ILSA. Bogotá. 1991.
- La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA. Bogotá. 1998.

**De Trazegnies, Fernando.**

- El rol político del abogado litigante. En Los abogados y la democracia en América Latina. ILSA. Bogotá. 1985.

**Deleuze Gilles.**

- Lógica del Sentido. Ediciones Paidós Iberica S.A. Barcelona. 2005.
- Nietzsche y la filosofía. Anagrama. Barcelona 2002.
- Empirismo y subjetividad. Gedisa Editorial. Barcelona. 2002.

**Deleuze, Gilles. Guattari, Felix.**

- Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia. Pre-textos. Valencia. 2006.

**Delos, Jose T.**

- Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia. En Los fines del Derecho. UNAM. México. 1967.

**Derrida, Jacques.**

- Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2002.
- Márgenes de la Filosofía. Cátedra. Madrid. 2003.

**Descartes, René.**

- El discurso del método. Ediciones Akal S.A. Madrid. 1989.



**Díaz, Elías.**

- Curso de Filosofía del Derecho. Marcial Pons. Barcelona, 1998.
- Juristas, sociólogos y filósofos en la construcción del Estado de Derecho, en El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología Jurídica en España. Oñati Proceedings. Oñati. 1995.

**Dor, Joël.**

- Introducción a la lectura de Lacan. Editorial Gedisa. Barcelona. 2000.

**Dworkin, Ronald.**

- El imperio de la justicia. Gedisa Editorial. Barcelona. 1988.

**Editorial Televisa.**

- Almanaque Mundial 2009. Editorial Televisa. Santiago de Chile. 2008.

**Elizalde, Antonio.**

- Desarrollo Humano y Ética para la sustentabilidad". Santiago. PNUMA- Universidad Bolivariana. 2003.

**Engels, Federico.**

- Para leer El Capital. Editorial Grijalbo S.A. México DF. 1969.

**Equipo Alforja.**

- Técnicas participativas para la educación popular. Santiago de Chile. Ediciones Cide. (Centro de investigación y Desarrollo de la Educación). 1987.

**Facio Montejó, Alda.**

- Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). ILANUD. San José de Costa Rica. 1992.

**Falcao, Joaquín.**

- Los abogados y la democracia en América Latina. ILSA. Bogotá. 1985.

**Faria, José Eduardo.**

- El Derecho en la economía globalizada. Editorial Trotta. Madrid. 2001.

**Fariñas Dulce, María José.**

- La marginación y la desviación. En El Desarrollo Y Las Aplicaciones De La Sociología Jurídica En España. Oñati I.I.S.L. Oñati. 1995.

**Ferrajoli, Luigi.**

- Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta S.A . Madrid. 1999.
- Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid. 1992.

**Ferraris, Maurizio.**

- Goodbye, Kant! Qué queda hoy de la Crítica de la razón pura. Editorial Losada. Madrid. 2007.

**Feyerabend, Paul.**

- Tratado contra el método. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 2000.

**Foucault Michel.**

- Por que hay que estudiar el poder: la cuestión del sujeto. En Materiales de Sociología Crítica. Varios Autores. Las Ediciones de la Piqueta. Madrid. 1986.
- La hermenéutica del sujeto. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2001.
- Genealogía del racismo. De la guerra de razas al racismo de estado. Las ediciones de la Piqueta. Madrid. 1992.
- La verdad y las formas jurídicas. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 1992.
- Las Palabras y las cosas. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires. 2005.
- Nacimiento de la biopolítica. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2007.
- Tecnologías del Yo. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1995.
- Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores. México. 1987.

**Freire, Pablo.**

- Pedagogía del oprimido. Tierra Nueva. Montevideo. 1971.

**Friedricha Karl von Savigni.**

- Tratado de la posesión según los principios del derecho romano. Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid. 1845. Descargado 10 Marzo 2009. [http://books.google.cl/books?id=CuC\\_21Mf5qMC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=animus+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rnnynzqYrP&sig=-AQWeG5aptLf9ZluczCBdG\\_iEZQ&hl=es&ei=AVi4SavLE4Oftwf80li8CQ&sa=X&oi=book\\_result&resnum=4&ct=result#v=onepage&q=animus%20en%20el%20derecho%20romano&f=false](http://books.google.cl/books?id=CuC_21Mf5qMC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=animus+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rnnynzqYrP&sig=-AQWeG5aptLf9ZluczCBdG_iEZQ&hl=es&ei=AVi4SavLE4Oftwf80li8CQ&sa=X&oi=book_result&resnum=4&ct=result#v=onepage&q=animus%20en%20el%20derecho%20romano&f=false)

**Galiano, José.**

- Derechos Humanos. Teoría, Historia, Vigencia y Legislación. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 1996.

**Gallón Giraldo, Gustavo; Manitzas, Elena y Uprimny Yépez, Rodrigo.**

- Derechos Humanos en Colombia. Los retos de los 90. En Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina. Novib: Organización Holandesa para la Cooperación Internacional al Desarrollo. Bogotá. 1993.

**García Maynez, Eduardo.**

- Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. Puébla. Distribuciones Fontamara S.A. 1993.

**Gargarella, Roberto.**

- El derecho a resistir el derecho. Miño y Dávila Editores. Buenos Aires. 2005.

**Gramsci, Antonio.**

- Antología. Siglo XXI Argentina. Buenos aires. 1980.

**Grossi, Paolo.**

- Mitología Jurídica de la Modernidad. Trotta Editorial. Madrid. 2007.

**Guattari, Felix.**

- El devenir de la subjetividad. Dolmen Ediciones S.A. Santiago de Chile. 1998.

**Hardt, Michael. Negri, Antonio.**

- Multitud. Guerra y Democracia en la era del Imperio. DeBolsillo. Barcelona. 2005.

**Hauriou, André.**

- Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ariel. Barcelona. 1971.

**Hegel Frederich.**

- Principios de la filosofía del derecho. Edhasa. Barcelona. 1999.
- Fenomenología del Espíritu. Fondo de Cultura Económica España S.A. Madrid. 1966.

**Heiberg, Johan Ludwig.**

- La ciencia en la antigüedad clásica. Iberoamericana. Buenos Aires. 1948.

**Heller, Ágnes.**

- Teoría de las necesidades en Marx. Barcelona. Ediciones Península. 1998.

**Heller, Hermann.**

- Teoría del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1968.

**Herrera Flores Joaquín.**

- El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana. Aconcagua Libros. Sevilla. 2005.
- Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000.
- Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del Humanismo abstracto. Los Libros de la Catarata. Madrid. 2005.
- De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Universidad de Deusto. Bilbao. 2005.
- La riqueza humana como criterio de valor. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón Liberal. Varios Autores. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2000.
- Las Lagunas de la Ideología Liberal. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000.

**Hinkelammert, Franz.**

- La vuelta del sujeto humano reprimido frente a la estrategia de la globalización. El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal. Editorial Desclée de Brouwer, S.A. Bilbao. 2000.

- Claves de un pensamiento crítico. En -El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal-. Bilbao. Desclee Editores. 2000.

- El proceso actual de globalización y los Derechos Humanos. En El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal. Desclee de Brouwer. Bilbao. 2000.

### **Hobsbawm, Eric.**

- La era de la Revolución, 1789, 1848. Crítica. Editorial Planeta. Buenos Aires. 2006.

### **Hopenhayn Martin.**

- Después del nihilismo. De Nietzsche a Foucault. Editorial Andrés Bello. Barcelona, 1997.

- América Latina desigual y descentrada. Buenos Aires. Grupo Editorial Norma. 2005.

### **Hume, David.**

- Tratado de la naturaleza humana. Tomo 1. (escaneado) Madrid. Calpe. 1923.

### **Ibañez Perfecto Andrés.**

- Sobre el Uso Alternativo del Derecho. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978.

### **Jacques Parragues, Manuel.**

- Una Concepción Metodológica del Uso Alternativo del Derecho. Querqum, Centro de Acción y reflexión para el cambio. Documento de debate Nº 1, Marzo 1986. Santiago.

- Derechos y necesidades humanas fundamentales: un nuevo enfoque de lo jurídico. En “Las Nuevas utopías de la diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible.”. Santiago de Chile. Editorial Universidad Bolivariana. 2003.
- Educación para un Uso Alternativo del Derecho. Quercum. Cuadernos de discusión. Santiago de Chile. 1986.
- Educar para los Derechos Humanos y las Estrategias de Defensa Jurídica desde la Sociedad Civil. Quercum. Cuadernos de Debate. Santiago. 1989.

### **Jellinek, Georg.**

- Teoría General del Estado. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1954.

### **Juristes Solidarites.**

- Prácticas del Derecho, producciones del derecho: iniciativas populares. Juristes Solidarites. Paris. 1993.

### **Kant Emmanuel.**

- Crítica de la Razón Pura. Tauros. México. 2006.
- Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2004.

### **Kelsen, Hans.**

- Teoría Pura del Derecho. Eudeba. Buenos Aires. 1999.
- El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1933.
- Teoría General del Estado. Editorial Nacional. México. 1965.



**Kuhn, Thomas.**

- La estructura de las Revoluciones científicas. Fondo de Cultura Económica. Argentina. 2004. Versión PDF Descargada 10 Marzo 2009. [http://www.exactas.org/modules/UpDownload/store\\_folder/2\\_-\\_FISICA/T.S.Kuhn.-.La.Estructura.de.las.Revoluciones.Cientificas.pdf](http://www.exactas.org/modules/UpDownload/store_folder/2_-_FISICA/T.S.Kuhn.-.La.Estructura.de.las.Revoluciones.Cientificas.pdf)

**Lacan, Jacques.**

- El triunfo de la religión. Paidós. Buenos Aires. 2005.

**Le Fur, Louis.**

- El fin del derecho: bien común, justicia, seguridad. En Los fines del Derecho. UNAM. México. 1967.

**Le Goff, Jacques.**

- La baja edad media. Siglo XXI Editores S.A. Madrid. 1971.

**Lechner, Norbert.**

- Obras escogidas de Norbert Lechner. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2006.

**Lenin, Vladimir Ilich.**

- El Estado y la Revolución. <http://espartaco.cbj.net> 26 Agosto 2008. Documento PDF.

**Locke, John.**

- Dos ensayos sobre el gobierno civil. Espasa Calpe. Madrid. 1991.

- Segundo tratado sobre el gobierno civil, capítulo 9. Apartado 124. [www.terra.es/personal/ofernandez/tratado.html](http://www.terra.es/personal/ofernandez/tratado.html) Descargado. 14 Mayo 2008.

**López Calera, Nicolás. Saavedra, Modesto. Ibáñez, Perfecto Andrés.**

- Sobre el Uso Alternativo del Derecho. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978.

**Luhman, Niklas.**

- Complejidad y Modernidad. De la unidad a la diferencia. Editorial Trotta. Madrid. 1998.

**Maquiavelo, Nicolás.**

- El Príncipe. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 2006.

**Martínez de Bringas, Asier.**

- Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos. Documento de trabajo Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide.. 2005.

**Martínez Miguélez, Miguel.**

- Un Nuevo Paradigma Para La Ciencia Del Tercer Milenio. En Las Nuevas Utopías de la Diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible. Santiago. Universidad Bolivariana. 2003.

**Marx, Carlos.**

- El Capital: crítica de la economía política. Tomo I. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999.

- El Capital: crítica de la economía política. Tomo III. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1999.
- Antología. Ediciones Península. Barcelona. 2002.

**Marx, Karl. Engel, Federico.**

- El Manifiesto Comunista. SARPE. Madrid. 1983.

**Maslow Abraham.**

- Motivación y Personalidad. Editorial Díaz de Santos. Madrid. 1991.

**Maturana, Humberto.**

- Desde la biología a la psicología. Lumen. Buenos Aires. 2003.
- Emociones y Lenguaje en Educación y Política. Centro de estudios del Desarrollo. Ediciones Pedagógicas Chilenas S.A. Santiago de Chile. 1990.

**Maturana, Humberto. Varela, Francisco.**

- De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2008.
- El árbol del Conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires. Editorial Lumen. 2003.

**Max-Neef, Manfred. Elizalde, Antonio. Hopenhayn, Martín.**

- Desarrollo a Escala Humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones. Barcelona. Editorial Nordan Comunidad. 1998.

**Miller, James.**

- La Pasión de Michel Foucault. Editorial Andrés Bello. 1995. Santiago.

**Mindlin, Gabriel.**

- Causas y azares. La historia del caos y de los sistemas complejos. Siglo XXI Editores Argentina. 2008. Buenos Aires.

**Morin, Edgar.**

- El Método. La naturaleza de la naturaleza. Ediciones Cátedra S.A. 1999. Madrid.
- Introducción al pensamiento complejo. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2004.

**Mouffe, Chantal.**

- El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Paidós. Barcelona. 1999.

**Nietzsche, Friedrich.**

- Así hablo Zaratustra. Alianza Editorial. Madrid. 1997.
- Ecce Homo. Editores Mexicanos Unidos. México. 1994.
- Genealogía de la Moral. Mestas Ediciones. Madrid. 2001.
- Humano demasiado humano. Editorial EDAF S.A. Madrid. 2006.
- La Gaya Ciencia. Buenos Aires. Gradifco. 2004.
- Aurora. Gradifco SRL. Buenos Aires. 2005.
- El Anticristo. Edimat Libros S.A. Madrid. 1998.
- El caminante y su sombra. Edimat Libros. Madrid. 1999.
- Segunda consideración intempestiva. Libros del Zorzal. Buenos Aires. 2006.

**Nino, Carlos Santiago.**

- Introducción al análisis del derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003.

**Novoa Monreal, Eduardo.**

- ¿Vía Legal Hacia el Socialismo?. El Caso de Chile, 1970 - 1973. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 1978
- El Derecho como obstáculo al cambio social. Siglo XXI Editores. México. 1989.

**Offe, Claus.**

- Partidos políticos y nuevos movimientos sociales. Editorial Sistema. Madrid. 1988.

**Pacheco G. Máximo.**

- Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990.

**Paillas, Enrique.**

- El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2008.

**Paz, Octavio.**

- La otra voz. Poesía y fin de siglo. Barcelona. Editorial Seix barral S.A. 1990.

**Portales, Gonzalo.**

- Nihilismo, ascética y transvaloración. La crítica de Friedrich Nietzsche al ideal moral como deconstrucción de la historia de la metafísica. En NIETZSCHE más allá de su tiempo. José Jara, Editor. Valparaíso. Edeval. 1998.

**Poulantzas, Nicos.**

- Marx, el derecho y el estado. Editorial: Oikos-tau, Barcelona. 1969.

**Puglisi, Gianni.**

- Un nuevo interlocutor en las relaciones entre filosofía y poesía, la estética computacional de Hofstadter. En Filosofía y poesía: dos aproximaciones a la verdad. Vattimo, Gianni, Compilador. Gedisa Editorial. Barcelona. 1999.

**Quintar, Estela.**

- La enseñanza como puente a la vida. Ipecal. México. 2006.

**Radbruch, Gustav.**

- El fin del derecho. En Los fines del Derecho. UNAM. México. 1967.

**Ramos Filho, Wilson.**

- Direito e século XXI. Três crises e uma opção. Ponencia presentada al Primer Coloquio Internacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política. Universidad Autónoma de México (UNAM) entre el 4 y el 8 de marzo de 1996.

**Rawls, John.**

- Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

**Real Academia Española.**

- Diccionario de la Lengua Española. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1970.

**Ricardo, David.**

- Revista Proceso Económico. Descargado. Visita 14 Mayo 2008. [www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/ricardo.htm](http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/ricardo.htm)

**Riquelme Segovia, Alfredo y Castillo Díaz, Adolfo.**

- Derechos Humanos en Colombia. Los retos de los 90. En Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina. Novib: Organización Holandesa para la Cooperación Internacional al Desarrollo. Bogotá. 1993.

**Rojo, Raúl Enrique.**

- Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. En Sociologías, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005. <http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=1112766> Descargado 9 agosto 2008.

**Romano, Ruggiero.**

- Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento. Siglo veintiuno editores, s.a de c.v. México DF. 2004.

**Ross, Alf.**

- El Concepto de Validez y otros ensayos. Distribuciones Fontamara S.A. México 1993.

**Rousseau, Jean Jacques.**

- El Contrato Social. Descargado 14 Mayo 2008.  
[www.monografias.com/trabajos13/el\\_contr/elcontr.shtml](http://www.monografias.com/trabajos13/el_contr/elcontr.shtml)

**Ruiz Miguel, Alfonso.**

- Una filosofía del derecho en modelos históricos. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2002.

**Sade, Donathien Alphonse Francois de.**

- Filosofía en el Tocador. Edimat Libros. Madrid. 1978.

**Sánchez Rubio, David.**

- Ciencia ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos. En Irrompendo no real. Escritos de teoría crítica dos directos humanos. Varios Autores. Educat. Editorial da Universidade Católica de Pelotas. Pelotas. 2005.

**Santos Milton.**

- La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 2000.



**Scheines, Graciela.**

- Juegos Inocentes, Juegos Terribles. Eudeba. Buenos Aires. 1998.

**Scot, James.**

- Los dominados y el arte de la resistencia. Editorial Txalaparta. Nafarroa. País Vasco. 2003.

**See, Henri.**

- Orígenes del Capitalismo moderno. Fondo de Cultura Económica. Barcelona. 1972.

**Sennet, Richard.**

- El declive del hombre público. Barcelona. Ediciones Península. 2002.

**Smith, Adam.**

- Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones Descargad 14 Mayo 2008.  
[www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/smith-introlrden.htm](http://www.geocities.com/WallStreet/Floor/9680/smith-introlrden.htm)

**Spinoza, Baruch.**

- Ética. Alianza Editorial. Madrid. 2007.

**Squella Narducci, Agustín.**

- Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003.

**Sternberger, Dolf.**

- Dominación y acuerdo. Gedisa Editorial. Barcelona, 1992.

**Stiglitz, Joseph.**

- El malestar en la globalización Taurus. Buenos Aires. 2002.

**Stucka, Pëtr Ivanovic.**

- La función revolucionaria del derecho y del Estado. Ediciones Península. Barcelona. 1969.

**Trías, Eugenio.**

- Filosofía y Carnaval. Editorial Anagrama. Barcelona. 1984.

**Van Peursen, C.A.**

- Ludwig Wittgenstein. Introducción a su filosofía. Ediciones Carlos Lohlé. Buenos Aires. 1973.

**Verdugo Marinkovic, Mario. García Barzelatto, Ana María.**

- Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000.

**Villasante Tomás.**

- Los vecinos en la calle : por una alternativa democrática a la ciudad de los monopolios. Ediciones de la Torre, D.L. Madrid. 1976.

- Comunidades Locales. Análisis, movimientos sociales y alternativas. Instituto de estudios de administración local. Madrid. 1984.

**Von Kirchmann, J.H.**

- La jurisprudencia no es ciencia. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1983.

**Wolkmer, Antonio Carlos.**

- Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico .Editora Académica. Sao Paulo. 1995.
- Introducción al pensamiento jurídico crítico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. San Luis de Potosí. 2006.
- Pluralismo Jurídico. Editorial MAD Ltda.. Sevilla. 2006.
- Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. Editora Alfa-Omega. Sao Paulo. 1994.

## LINKOGRAFIA.

### AUTORES.

#### **Aylwin, José.**

Chile es uno de los países más rezagados de Latinoamérica en materia de derechos indígenas

<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=67654>

#### **Barberá Heredia, Ester**

Modelos explicativos en psicología de la motivación

<http://reme.uji.es/articulos/abarbe7630705102/texto.html>

#### **Bordenave Sofia y Picolotti Romina.**

Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos el 16 de Octubre del 2002.

[www.cedha.org.ar](http://www.cedha.org.ar)

#### **Borges, Jorge Luis.**

El Aleph.

<http://www.apocatastasis.com/aleph-borges.php>

#### **Bustamante Donas, Javier.**

Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.

<http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

#### **Cifuentes Díaz, Ignacio y Galeano Camacho Sandra.**

Cuestiones Fundamentales de Filosofía, Epistemología e Historia de la Ciencia.

[www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-nacho01.htm](http://www.psicologiacientifica.com/publicaciones/biblioteca/articulos/ar-nacho01.htm)

**Córdova Vianello, Lorenzo.**

Garantismo.

<http://www.el-universal.com.mx/editoriales/38951.html>

**Diez de la Cortina, Elena.**

La filosofía de Thomas Hobbes.

[www.cibernous.com/autores/hobbes/teoria/biografia.html](http://www.cibernous.com/autores/hobbes/teoria/biografia.html)

**Fallas Vargas, Fabrizio.**

El conatus como categoría radical en la teoría política de Spinoza.

<http://www.vinv.ucr.ac.cr/latindex/filosofia-106/04-FALLAS-Con-25.pdf>

**Giménez, Pablo.**

Los juegos de rol: Hacia una propuesta pedagógica.

<http://dreamers.com/defensadelrol/articulos/propuesta.htm>

**Gómez Isa, Felipe.**

*El Derecho al desarrollo como derecho humano.*

<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista3/articulos/felipegomez.htm>

**Gouges, Olimpia de.**

Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana.

<http://nomadant.wordpress.com/textos/textos/derechos-mujer/>

**Human Righth Watch.**

Chile: Aplicación de la Ley Antiterrorista contra los Mapuche viola el debido proceso.

[http://www.hrw.org/es/search/apachesolr\\_search/mapuches](http://www.hrw.org/es/search/apachesolr_search/mapuches)

**Jacques Parraguez, Manuel.**

Modelo de participación por afección: un modelo para el desarrollo de la ciudadanía local.

[www.revistapolis.cl/5/jac.htm](http://www.revistapolis.cl/5/jac.htm)

**Juristes Solidarités.**

Carta de presentación. Julio 1995. París, Francia.

<http://www.agirledroit.org/es/>.

**Leyva Saavedra, José.**

El lease back, una moderna técnica financiera.

<http://www.injef.com/revista/empresas/leaseback.htm>

**López Hernández, José.**

La actualidad de la Filosofía del derecho de Hegel. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1.

[www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html](http://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html)

**Manni, Franz.**

¿A quien pertenecen nuestros genes?.

<http://www.lemondediplomatique.cl/article785,785.html>

**Marroquin Grillo, José Germán. Camacho Florez, Jaime.**

Historia De La Criminología En Colombia

<http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>

**Matta. Roberto.**

Discurso del pintor Roberto Matta.

<http://poesia-periferia.blogspot.com/2006/07/discurso-del-pintor-roberto-matta.html>

**Murali, D.Radhica.**

Las Bases de la crisis suprime.

[http://www.redtercermundo.org.uy/revista\\_del\\_sur/texto\\_completo.php?id=3278](http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=3278)

**Novoa Monreal, Eduardo.**

Los resquicios legales.

[http://www.elclarin.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4023&Itemid=720](http://www.elclarin.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=4023&Itemid=720)

### **Organización de las Naciones Unidas.**

El derecho internacional de los derechos humanos.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

### **Parra, Nicanor.**

Manifiesto.

<http://www.bauleros.org/parra.html>

### **Pérez Olivera, Enrique.**

Juegos cooperativos: juegos para el encuentro.

<http://www.efdeportes.com/efd9/jue9.htm>

### **Rojo, Raúl Enrique.**

Por una sociología jurídica, del poder y la dominación. En Sociologías, Porto Alegre, año 7, nº 13, jan/jun 2005.

<http://biblioteca.universia.net/ficha.do?id=1112766>

### **Romero Ayala, Salvador.**

Filosofía del Derecho en Hegel.

[www.monografias.com/trabajos14/hegel/hegel.shtml](http://www.monografias.com/trabajos14/hegel/hegel.shtml)

### **Sendón de León, Victoria.**

¿Que es el feminismo de la diferencia?

[http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria\\_sendon.html](http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria_sendon.html)

### **Serres, Michel.**

*La distribución del caos.*

<http://caosmosis.acracia.net/?p=861>

**Shelton, Dinah.**

Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid\\_5365000/5365874.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_5365000/5365874.stm)

**Zaffaroni, Eguneio Raúl.**

Todos los presos son presos del poder.

<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=7206>

**ORGANIZACIONES.****Amnistía Internacional.**

<http://www.amnesty.org/es>

**Consejo de Todas las Tierras.**

Wallmapuche.cl

[http://www.wallmapuche.cl/nweb\\_portal/site/contenido.php?seccion=destacado&codCodigo=1227&codigo=codNoticia&tabla=notichile\\_noticias&codCategoria=1&ruta=noticias](http://www.wallmapuche.cl/nweb_portal/site/contenido.php?seccion=destacado&codCodigo=1227&codigo=codNoticia&tabla=notichile_noticias&codCategoria=1&ruta=noticias)

**Departamento Ecuménico de Investigaciones.**

[www.dei-cr.org](http://www.dei-cr.org)

**GITEP-UCPEL.**

<http://antares.ucpel.tche.br/gitep/html/proposta.htm>

**Human Righth Watch**

<http://www.hrw.org/es>

**Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.**

[www.ilsa.org.co](http://www.ilsa.org.co)



**Juristes Solidarités.**

<http://www.agirledroit.org/es/>

**Organización Internacional contra la tortura.**

<http://www.omct.org/index.php?&lang=es>

**PÁGINAS WEB DE CONSULTAS.**

Relación de indeterminación de Heisenberg

[http://es.wikipedia.org/wiki/Principio de indeterminaci%C3%B3n de Heisenberg](http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n_de_Heisenberg)

Jugando a Cooperar.

<http://www.terra.org/html/s/producto/juego/magatzem/sprj0000i.html>

Real Academia Española de la Lengua.

<http://rae.es/rae.html>

Agujero de gusano.

[http://es.wikipedia.org/wiki/Agujero de gusano](http://es.wikipedia.org/wiki/Agujero_de_gusano)

Día de los Derechos Humanos. ONU.

<http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2007/>

Alto Ahí! Basta de violencia policial

<http://www.altoahi.cl/>

Amnistía Internacional

Situación del Pueblo Mapuche.

<http://www.google.com/custom?q=mapuche&cof=LW%3A774%3BL%3Ahttp%3A%2F%2Fwww.amnistia.cl%2Fimages%2Fcabecera.jpg%3BLH%3A130%3BAH%3Acenter%3BGALT%3A%23FF9C00%3BS%3Ahttp%3A%2F%2Fwww.amni>

[stia.cl%3BGL%3A0%3BVLC%3A%23999999%3BAH%3Aleft%3BBGC%3A%23FFFFFF%3BLC%3A%23000000%3BGFNT%3A%23FF9C00%3BALC%3A%23666666%3BT%3A%23FFFFFF%3BGIMP%3A%23FF9C00%3BAWFID%3A67145c2e24fa1f4d%3B&domains=amnistia.cl&sitesearch=amnistia.cl](#)

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Casos contra Chile.

<http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=chile>

Sexo.cl El portal de los acompañantes.

[www.sexo.cl](http://www.sexo.cl)

Guiax Scorts Madrid-Barcelona.

<http://guia-scorts-indepedientes.com>

Open Adult Directory.USA

<http://openadultdirectory.com/escorts/>

Openadultdirectoy.Turquía

<http://openadultdirectory.com/escorts/Turkey/>

7ht heaven. Escort Agency.

<http://www.7thheavenagency.co.uk/gallery/>

Juan José Bustos Ramírez.

[http://biografias.bcn.cl/pags/biografias/detalle\\_par.php?id=36](http://biografias.bcn.cl/pags/biografias/detalle_par.php?id=36).

Cooper Mayer, Dorys.

<http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/personas/7/8/7868.html>.

Zaffaroni, Eugénio.

[http://www.csjn.gov.ar/data/cv\\_zaffaroni.pdf](http://www.csjn.gov.ar/data/cv_zaffaroni.pdf).

Yrigoyen Fajardo, Raquel.

<http://www.alertanet.org/cv-ryf.htm>

Participación ciudadana.

[http://es.wikipedia.org/wiki/Participaci%C3%B3n\\_ciudadana](http://es.wikipedia.org/wiki/Participaci%C3%B3n_ciudadana)

Ciudad Política.

Diccionario de Ciencia Política.

<http://www.ciudadpolitica.com/modules/wordbook/entry.php?entryID=27>

The Doors.

Ligth my FIRE.

Letras4U.com

[http://www.letras4u.com/the\\_doors/light\\_my\\_fire.htm](http://www.letras4u.com/the_doors/light_my_fire.htm) visita 23 de Abril

2009.

Queen.

Innuendo.

<http://www.musica.com/letras.asp?letra=838091>

## PRENSA ON-LINE.

Austral de Témuco.

[http://www.australtemuco.cl/prontus4\\_noticias/site/extra/pdp/pdp.html?sec=2&ts=20090116060307&fp=20090116&pag=3](http://www.australtemuco.cl/prontus4_noticias/site/extra/pdp/pdp.html?sec=2&ts=20090116060307&fp=20090116&pag=3)

Enlace Mapuche Internacional.

<http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/documentos/doc-65.htm>

Le Monde Diplomatique.

[http://www.monde-diplomatique.es/isum/Main?ISUM\\_Portal=1](http://www.monde-diplomatique.es/isum/Main?ISUM_Portal=1)

Rebellion.org.

<http://www.rebelion.org/>

## TEXTOS DE CONSULTA.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil de 1988.

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0507.pdf>

Constitución de la Nación Argentina.

[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/temas\\_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.

[http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.p](http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf)

[df](http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf)

Estado de Chile.

Decreto Supremo N° 100. de 17 de Septiembre de 2005.

<http://www.camara.cl/legis/constitucion/DTO1001.pdf>.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Convenio Europeo de Derechos Humanos

[http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/docs/1\\_Conv\\_Europeo\\_De\\_rechos\\_Humanos.pdf](http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/docs/1_Conv_Europeo_De_rechos_Humanos.pdf)

Convención Americana sobre Derechos Humanos

(Pacto de San José de Costa Rica)

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Declaración y programa de acción de Viena.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 1993.

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.sp?op=endocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.sp?op=endocument)

## ARTICULOS EN REVISTAS CONSULTADOS.

**Abogabir, Ximena.**

- *Enredando enredaderas de redes. En El Canelo Nro. 76. Noviembre de 1996. El Canelo de Nos. Santiago de Chile. 1996.*

**Aparicio Guadas, Pep.**

- *El camino de re/inversión de la ciudadanía y la educación popular. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, Nº 2. Santiago. Universidad Bolivariana. 2001.*

**Ardila Amaya, Edgar.**

- *Pluralismo Jurídico, apuntes para el debate. En Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. ILSA. Bogotá. 2002.*

**Aylwin, José.**

- *Derechos Humanos. Los desafíos para un nuevo contexto. En Conflicto, Vida y Derecho. Forja. Santiago de Chile. 1992.*

**Barvere Unzueta, Mari Ángeles.**

- *Feminismo y Garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?. Anuario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. Nueva época. Tomo 9. Ministerio de Justicia. Madrid. 1992.*

**Bermúdez Valdivia, Violeta.**

- *Legalidad versus realidad. En Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho. Fempress. Buenos Aires. 1992.*

**Briones Velástegui, Marena.**

- *La falsedad del discurso jurídico.* En *Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Bueno de Carvalho, Amilton.**

- *Actuación de los jueces alternativos gauchos en el proceso de postransición democrática.* En *Portavoz (Boletín ILSA)*. Nº 40. Julio-octubre 1994. ILSA. Bogotá. 1994.

**Calvo, Yadira.**

- *Heno para el perro.* En *Mujer/Fempress, especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Cerda Fernández, Carlos.**

- *Temas trascendentales para la actual teoría del proceso.* En "Estudios de Derecho Procesal". Cuadernos de análisis jurídico Nº 29, serie seminarios. Santiago de Chile. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1994.

**Chiarotti, Susana.**

- *¿Un derecho alternativo?.* En *Mujer/Fempress. Especial Igualdad y Derecho*. Fempress. Buenos Aires. 1992.

**Dahrendorf, Ralf.**

- *Apocalypse Neoliberal.* Carta Capital Nº 15. Sao Paulo. 1995.

**De la Torre Rangel, Jesús Antonio.**

- *Los pobres y el uso del derecho. El Otro Derecho N° 6.* ILSA. Bogotá. 1990.

**De Sousa Santos, Boaventura.**

- *Fin de Siglo que se quiere democrático. Revista Portavoz N° 41.* ILSA. Bogotá. 1995.

**Faria, José Eduardo.**

- *El poder judicial frente a los conflictos colectivos.* En *El Otro Derecho*, N° 5. ILSA. Bogotá. 1990.
- *Los temas ausentes en las reformas económicas latinoamericanas. Portavoz N° 43. Julio 1995.* ILSA. Bogotá. 1995.

**Foerster, Rolf.**

- *Sociedad Mapuche y Sociedad chilena.* En *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, N° 2.* Santiago. Universidad Bolivariana. 2001.

**García, Mauricio.**

- *Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho. El Otro Derecho N° 7 Enero 1991.* ILSA. Bogotá. 1991.

**Güell, Pedro.**

- *Subjetividad social: desafío para el nuevo siglo.* En *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, N° 2.* Santiago. Universidad Bolivariana. 2001.

**Inayatullah, Sohail.**



- *Repensando la Ciencia. La reconstrucción de la ciencia y de la sociedad* En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 1, Nº 3. Santiago. Universidad Bolivariana. 2002.

**Moncayo, Víctor.**

- *Sobre la naturaleza del derecho como forma social de dominación.* En *Jurimprudencias. Lecturas del Otro Derecho* Nº1. ILSA. Bogotá. 1990.

**Montealegre, Hernán.**

- *Economía y Derechos Humanos.* Separata en *Conflicto, Vida y Derecho.* Forja. Santiago de Chile. 1990.

**Muñoz Gomez, Jesús.**

- *Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho.* En: *El Otro Derecho*, Nº 1. ILSA, Bogotá. 1988.

**Piovesan. Flavia.**

- *A Mulher e o debate sobre Direitos Humanos no Brasil.* En Revista Crítica Jurídica, Nº 23. Enero-Diciembre 2004. Unibrasil. Curitiba. 2004.

**Pressburguer, Miguel.**

- *El correo de Juristes Solidarités.* Nº 2. Septiembre 1992. Juristes Solidarités. París. 1992.

**Ramírez Z. Bernardo.**

- *La igualdad ante la ley en la sociedad capitalista.* En Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Volumen 39, Número 97-98. Antioquia. 1994.

**Ramos Méndez, Francisco.**

- *Derecho, Proceso y Procedimiento. El Proceso que debemos enseñar.* En “Seminario sobre la enseñanza del derecho procesal”. Santiago de Chile. Cuadernos de análisis jurídico N° 23, serie seminarios. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. 1992.

**Rodrigues de Oliveira, Rosa María.**

- *A crítica feminista sobre o androcentrismo na ciencia jurídica.* En *Crítica Jurídica. Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho.* N° 23. Unibrasil. 2004.

**Rodríguez M, Eduardo.**

- *La producción social del derecho versus autonomía. El Otro Derecho* N° 6. ILSA. Bogotá. 1990.

**Romero, Amanda.**

- *Una revisión de los acuerdos de derechos humanos de Viena 93 desde la perspectiva de las ONG.* En Portavoz, Boletín de los Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y El Caribe. Número 49. ILSA. Bogotá. 1998.

**Suazo V, Roberto.**

- *Derecho de propiedad o derecho a la propiedad.* En *Vida y Derecho. Conflicto. Revista de Aportes Jurídicos para la Democracia.* Forja. N° 8. Santiago de Chile. 1991.

## TEXTOS LEGALES Y TRATADOS INTERNACIONALES.

### TEXTOS CHILENOS.

- Constitución Política de la República.  
Diario Oficial de la República de Chile. 2005.  
[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index\\_html](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html)
- Código Civil Chileno Edición oficial Abril 2002.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>
- Código Penal de Chile.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>
- Código de Procedimiento Civil Chileno.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>
- Decreto Ley N° 2568. 22 de Marzo de 1979.  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29250>
- Decreto Supremo N° 100. de 17 de Septiembre de 2005.  
<http://www.camara.cl/legis/constitucion/DTO1001.pdf>.

### TEXTOS CONSTOTUCIONALES NO CHILENOS.

- Argentina.  
Constitución de la Nación Argentina.  
[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/temas\\_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20politica%20argentina.pdf)

- Bolivia.

Constitución Política del Estado.

Edición oficial de distribución gratuita. 2007.

- Brasil.

Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil de 1988.

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0507.pdf>

- Colombia.

Constitución Política de Colombia.

Décima edición. Edición oficial. Enero de 1995.

- Ecuador.

Constitución Política.

Edición oficial de distribución gratuita. 2008.

- Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.

[http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.p](http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf)

[df](#)

## **TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.**

- Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 29-b).

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

- Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[http://www.migualdad.es/MUJER/politicas/docs/1\\_Conv\\_Europeo\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.migualdad.es/MUJER/politicas/docs/1_Conv_Europeo_Derechos_Humanos.pdf)

- Convención Americana de Derechos Humanos.  
<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>
  
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.  
[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
  
- Convenio Europeo de Derechos Humanos  
[http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/docs/1\\_Conv\\_Europeo\\_De\\_rechos\\_Humanos.pdf](http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/docs/1_Conv_Europeo_De_rechos_Humanos.pdf)
  
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)  
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
  
- Declaración y programa de acción de Viena.  
Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 1993.  
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.sp?opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.sp?opendocument)

## INDICE DE AUTORES CONSULTADOS.

- Abogabir, Ximena.
- Agamben, Giorgio.
- Alexy, Robert.
- Almoguera, Joaquín.
- Althusser, Louis.
- Amin, Samir.
- Aparicio Guadas, Pep.
- Ardila Amaya, Edgar.
- Arnaud, André.
- Aylwin, José.
- Bacon, Francis.
- Bakunin, Mijail.
- Balandier, Georges.
- Barcellona Pietro.
- Barvere Unzueta, Mari Ángeles.
- Bateson, Gregory.
- Baudrillard, Jean.
- Bauman, Zygmund.
- Benedetti Mario.
- Bergson, Henri.
- Berman, Morris,
- Bermúdez Valdivia, Violeta.
- Bielsa, Rafael.
- Billier, Jean Cassien.
- Bobbio, Norberto.
- Bodino, Jean.
- Bogo Chies, Luiz
- Bolstanski, Luc.

- Bordenave Sofia.
- Braunstein, Nestor.
- Briones Velástegui, Marena.
- Bueno de Carvalho, Amilton.
- Burdeau, Georges.
- Calderón Astete, Gonzalo.
- Calvo, Yadira.
- Cançado Trindade, Antonio.
- Cappelletti, Angel.
- Cárcova, Carlos María. Obra citada. Página 25.
- Carrasco Pirard, Eduardo.
- Castillo Díaz, Adolfo.
- Castro Casas, Iñaki.
- Cerda Fernández, Carlos.
- Chiapello, Éve.
- Chiarotti, Susana.
- Chirquf, Sigfredo.
- Chiurazzi, Gaetano.
- Cifuentes Díaz, Ignacio.
- Cohen, Joshua.
- Comte, Augusto.
- Córdova Vianello, Lorenzo.
- Correas, Oscar.
- Custanovich, Alejandro.
- Dahrendorf, Ralf.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio.
- De Sousa Santos, Boaventura.
- De Trazegnies, Fernando.
- Deleuze Gilles.
- Delos, Jose T.
- Derrida, Jacques.
- Descartes, René.

- Díaz Otero, Eduardo.
- Díaz, Elías.
- Diez de la Cortina, Elena.
- Door, Joël.
- Duguit, León.
- Dworkin, Ronald.
- Dylan, Bob.
- Einstein, Albert.
- Elizalde, Antonio.
- Engels, Federico.
- Entelman, Ricardo.
- Facio Montejo, Alda.
- Falcao, Joaquín.
- Fallas Vargas, Fabrizio.
- Faria, José Eduardo.
- Fariñas, María José.
- Ferrajoli, Luigi.
- Ferraris, Maurizio.
- Feyerabend, Paul.
- Foerster, Rolf.
- Foucault Michel.
- Freire, Paulo.
- Galeano Camacho Sandra.
- Galiano, José.
- Gallón Giraldo, Gustavo.
- García Barzelatto Ana María.
- García Maynez, Eduardo.
- García, Mauricio.
- Gargarella, Roberto.
- Giménez, Pablo.
- Gómez Isa, Felipe.
- Grafiteros Mayo del 68.



- Gramsci, Antonio.
- Graña, Eduardo.
- Gros Frédéric. Grossi, Paolo.
- Guattari, Felix.
- Güell, Pedro.
- Guerra, Pedro.
- Hágale Maryoli.
- Hardt, Michael.
- Hauriou, André.
- Hayec, Friedrich Von;
- Hegel Frederich.
- Heiberg, Johan Ludwig.
- Heisenberg Werner Karl
- Heller, Ágnes.
- Herrera Flores Joaquín.
- Hinkelammert, Franz .
- Hobbes, Thomas.
- Hobsbawm, Eric.
- Hopenhayn Martin.
- Hume, David.
- Ibañez Perfecto Andrés.
- Inayatullah, Sohail.
- Jacques Parragues, Manuel.
- Jellinek, Georg.
- Kant Emmanuel.
- Kelsen, Hans.
- Krishamurt, Jiddo.
- Kuhn, Thomas.
- La Renga.
- Lacan, Jacques
- Le Fur, Louis.
- Le Goff, Jacques.

- Lechner, Norbert.
- Lenin, Vladimir Ilich.
- Leyva Saavedra, José.
- Locke, John.
- López Calera Nicolás.
- López Hernández, José.
- López, María Pía.
- Luhman, Niklas.
- Manitzas, Elena.
- Manss, Patricio.
- Maquiavelo, Nicolás.
- Marí, Enrique.
- Marley, Bob.
- Martínez de Bringas, Asier.
- Martínez Miguélez, Miguel.
- Marx, Carlos.
- Maryioli, Hágale.
- Maslow Abraham.
- Maturana, Humberto.
- Max-Neef, Manfred.
- Miller, James.
- Mindlin, Gabriel.
- Moncayo, Víctor.
- Montealegre, Hernán.
- Morin, Edgar.
- Mouffe, Chantal.
- Muñoz Gomez, Jesús.
- Negri, Antonio.
- Nietzsche, Friedrich.
- Nino, Carlos Santiago.
- Novoa Monreal, Eduardo.
- Offe, Claus.

- Oliveira de Moura, Marcelo.
- Pacheco G. Máximo.
- Paillas, Enrique.
- Paz, Octavio.
- Pérez Olivera, Enrique.
- Picolotti Romina.
- Piero.
- Piovesan. Flavia.
- Portales, Gonzalo.
- Pressburguer, Miguel.
- Puglisi, Gianni.
- Queen.
- Quintar, Estela.
- Radbruch, Gustav.
- Ramírez Z. Bernardo.
- Ramos Filho, Wilson.
- Ramos Méndez, Francisco.
- Rawls, John.
- Ricardo, David.
- Riquelme Segovia, Alfredo
- Rodrigues de Oliveira, Rosa María.
- Rodríguez M, Eduardo.
- Rojo, Raúl Enrique.
- Romano, Ruggiero.
- Romano, Ruggiero.
- Romero Ayala, Salvador.
- Romero, Amanda.
- Ross, Alf.
- Rousseau, Jean Jacques.
- Rovatti, Pier Aldo.
- Rubio, José Vicente.
- Ruiz Miguel, Alfonso.

- Saavedra, Modesto.
- Sabina, Joaquín.
- Sade, Donathien Alphonse Francois de.
- Sánchez Rubio, David.
- Santos Milton.
- Savigni, Friedricha Karl von.
- Scheines, Graciela.
- Scot, James.
- See, Henri.
- Sendón de León, Victoria.
- Sennet Richard.
- Serrano, Ismael.
- Serres, Michel.
- Smith, Adam.
- Spinoza, Baruch.
- Squella Narducci, Agustín.
- Sternberger, Dolf.
- Stiglitz, Joseph.
- Stucka, Pëtr Ivanovic.
- Suazo V, Roberto.
- Tenenti, Alberto.
- The Doors.
- Trías Eugenio.
- Uprimny Yépez, Rodrigo.
- Van Peursen, Cornelis.
- Varela, Francisco.
- Verdugo Marinkovic Mario.
- Víctor Manuel.
- Villasante Tomás.
- Von Kirchmann, J.H.
- Wallerstein, Emmanuel.
- Wittgenstein, Ludwig.
- Wolkmer, Antonio Carlos.

